

عبد الرحمن البراز

أبحاث وأحاديث
في

الفقه والقانون



بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

هذه صفحات لم يدر بخلدى حين أعدتها ، أو القيتها ، أنها
سنجمع يوما فى كتاب • ولكن الفكرة أنقذت وهلة فى ذهنى
قبل بضعة أسابيع وانا أعيد النظر فى قراءة مقال كنت قد كتبه قبل
سنوات عديدة ، وأشارت اليه فى هامش إحدى صفحات كتابى
« مبادئ أصول القانون » •

قرأت ذلك المقال ، بعد ان بذلت جهدا فى البحث عنه فى أحد
مجاميع مجلة القضاء فأعجبني • فقد بدا لى ان موضوعه لم يزل طريفاً ،
وانه لو كتب اليوم ونشر لما شعر الناس - فيما يخال الى - انه من
فضول القول ، أو مكرور الكلام ؛ انه فى الصميم من حاجتنا ،
ويعالج موضوعاً حيواً جديراً بالبحث والنقاش • ولقد دفعنى حب
الاستطلاع ، أو ان شئت الدقة فى التعبير ، حفزنى (النهم) الذى
يستحوذ على الباحث احياناً أثناء أغراقه فى موضوعه ، الى قراءة مقال
ثان كنت قد كتبه ونشرته فى مجلة القضاء أيضاً • فلم أجده - هو
الآخر - قد فقد طرافته ، أو هكذا بدا لى •

وأخذت أتساءل ، أليس مما ييسر مهمة الطلاب الذين أشرت
مراراً فى « كتابهم الدراسى » الى بعض هذه المقالات والبحوث جمعها

فى كتاب واحد ينجيهم مغبة البحث عنها بين تضاعيف الصفحات من
مجلات مر على صدور بعضها مدة تربو على مدة مرور الزمان ؟

ولقد شعرت فوق ذلك شعورا عميقا مؤداه أن تلك المقالات
والبحوث ستبقى ضائعة أو كالضائعة ، وهى بحكم الموءودة التى من
حقها أن تساءل بأى ذنب أهملت فلم تجمع بين دفتى كتاب واحد ؟

وهكذا استقرت فى ذهنى فكرة بعثها ونشرها ، وشعرت أن
تلك « الابحاث » قرناء من « الاحاديث » والخطب التى تعالج
موضوعات قانونية لها أوثق الصلات بالموضوعات التى عاجلتها تلك
المقالات والبحوث ؛ وهى وان نقلتها فى حينه أمواج الاثير ، ولكنها
لم تحظ بالطباعة ، ولم يتح لاحد قراءتها ، فحسبت أن من النافع
ضمها الى زميلاتها ، ونشرها فى هذه المجموعة التى أقدم الى القارى
اليوم بها .

وجلى من هذا ان هذا الكتاب يتكون من مجموعتين : « المجموعة
الاولى » « أبحاث » ؛ وتحت هذا العنوان جمعت مقالات نشرت فى
مجلة القضاء وغيرها فى فترات مختلفة ، وبعض محاضرات عامة كنت
قد ألقيتها فى حينه فى بعض المعاهد العالية او بعض النوادى والمؤسسات
وضمنت اليها بصورة خاصة محاضرة ألقىت فى الموسم الثقافى لدار
المعلمين العالية لهذا العام . اما المجموعة الثانية « أحاديث » فيها
جمعت عددا من الاحاديث التى كنت قد ألقيتها من دار الاذاعة العراقية
قبل مدة طويلة من الزمن ، وكانت تعالج موضوعات قانونية بأسلوب
مبسط واضح .

أن هذه « الابحاث » وتلك « الاحاديث » التى أنشرها اليوم فى

هذا الكتاب ؟ هي الابحاث والاحاديث القديمة ذاتها التي كنت قد
كتبتها أو ألقيتها خلال فترة من الزمن تمتد الى نحو من عشرين عاما
لم يصبها غير تغيير لفظي طفيف ، لم يمس صلبها وجوهر موضوعها ؛
فهى هي التي كنت قد أعددتها فى حينه من غير ما زيادة أو نقصان •
واحسب ان الامانة العلمية تقتضى ان اقف هذا الموقف الدقيق •

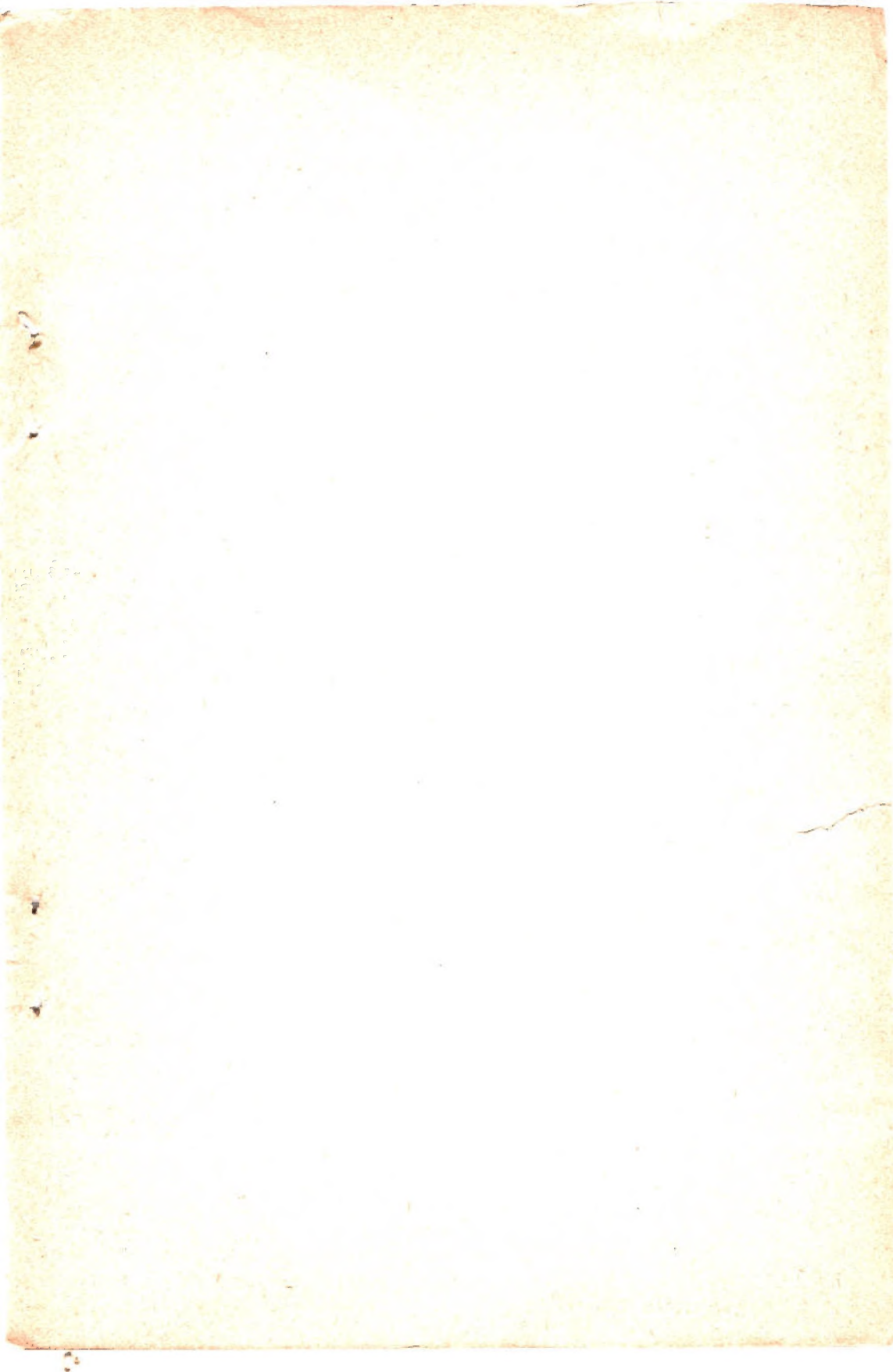
ويقينى ان هذا العمل الذى قمت به كان نافعا ، ورجائى ان لا
يقتصر نفعه على طلاب الحقوق الذين كانوا السبب المباشر فى التفكير
فى نشر هذا الكتاب •

وانى لآمل ان يجد فيه رجال القانون بعض الفائدة ، كما اطمح
ان يجد فيه المتأدب تعبيرا حيا صادقا عن بعض مناحى الحياة التي
نحياها •

وفوق هذا ، وقبل هذا كله ، انى لارجو ان تكون « الفكر »
التي حاولت عرضها فى طيات « الابحاث » ، وكانت تنم عنها حتى
تبرات « الاحاديث » حافزا لافكار اعظم ، واحكم ، وادق ؛ وان تكون
دعوة « الاصلاح » التي حاولت مخلصا اشاعتها عاملا فى تحقيق
الاصلاح المنشود الذى طال انتظاره •

عبدالرحمن البزاز

الاعظمية فى ٢-٥-١٩٥٨



القسم الأول

الأبحاث



(١)

القضاء العراقي ولزوم تأسيسه في العراق (*)

يضج المفكرون ، والكتاب ، والساسة ، ودعاة الاصلاح ، ورجال الدولة بالشكوى من الحال الذي صار اليه تكويننا الاداري ، والقضائي ، والسياسي ، ومما نقاسيه في حياتنا العامة من خلل واضطراب يكاد ان يصل ، في بعض الاحيان ، الى حد الفوضى التي لا يصلح الناس معها ، ولا تقوم لهم فيها حياة فاضلة • ومع ذلك فقليلون هم الذين يمسون مواطن الداء من كياننا العليل ، وأقل منهم الذين يكلفون انفسهم غناء استخلاص العلاج الناجع الذي يكشفون عنه بعد التحري العميق والاستقصاء الدقيق •

وأكثر الناس يكتفون بالمعالجة الظاهرة ، ويحسبون انهم اصابوا الهدف بالآراء المرتجلة التي تصدر عنهم عفو الخاطر ، وحسبما توحيه البديهة • ولقد صارت عبارات « اصلاح الجهاز الحكومي » و « تطهير ماكنة الدولة » و « تنظيم الاداة الحكومية » تتردد على الالسن كثيرا ، وقد ترد في مناهج الوزارات المتعاقبة ، وخطب الساسة وتصريحاتهم العديدة ، حتى انها فقدت الكثير من معانيها • وانه لمن

(*) نشر في العدد ٢ ، ٣ ، ٤ ، ٥ من مجلة القضاء لسنة

١٩٤٧ ص (١٤٠) •

المؤسف حقا ان يتصور البعض من ذوى الشأن ان « الاصلاح » أو « التنظيم » يتم بتعيين موظف بدلا عن آخر ، أو فصل جماعة من موظفى الدولة واحلال غيرهم محلهم ، أو فك ارتباط دائرة من وزارة وربطها بأخرى ، أو اختيار اسم جديد لوزارة بدلا عن اسمها القديم ، أو تعديل مادة أو مواد فى قانون ، أو اخضاع طبقة من الموظفين لقانون خدمة جديد واعتبارهم مسلكا قائما بذاته ، أو ما شاكل ذلك من أمور ، هى وان ظهرت مهمة من وجهة نظر فرد أو مجموعة معينة من الافراد ، فانها من وجهة نظر المجموع ، ليست جوهرية ، ولا يمكن ان يتحقق بها الاصلاح المنشود . وهذا الامر يحتاج الى ما هو أجل من ذلك وأجدى ، اذ لابد - فيما أعتقد - للشفاء مما نقاسيه من عاهات وآلام من اصلاحات أساسية وجذرية فى تكويننا الدستورى ، والادارى ، والقضائى ، تسير جنباً الى جنب مع اصلاح أحوالنا الاجتماعية ، والثقافية ، والاقتصادية ؛ ذلك انه ليس من طبيعة الاشياء ان تكون لنا سلطة اجرائية حازمة ، وجهاز ادارى محكم ، ما لم يكن لدينا سلطة تشريعية ممثلة للامة تمثيلا صحيحا ، مدركة ما يخلج فى صدور ابناءها من عواطف ، عاملة على تشريع ما هى بحاجة اليه من القوانين .

وغير طبعى أيضا ان نجد فى مجتمع سلطة قضائية نزيهة ومحيدة ، ما لم يكن هنالك سلطة تنفيذية عارفة مدى سلطاتها معرفة تامة ، وخاضعة لرقابة المشرع خضوعا يمنعها من تجاوز مدى سلطاتها . وهذا وذاك لا يتحقق الا فى مجتمع سمت مدارك أفرادها ، واستقرت مقياسه الاجتماعية والخلقية ، وهو لذلك ينكر ، بل يمقت ، أى تدخل فى شؤون القضاء بأى شكل ، ومن أى جهة حصل ذلك التدخل .

ولا يخطيء من يشبه كيان الدولة الواحدة بجسم الانسان ، فكما تتعاطف أجزاء الجسم البشرى بعضها على بعض ، حتى اذا اشتكى عضو من أعضائه تداعى له باقى الجسد بالسهر والحصى ، فكذلك الحال فى كيان الدولة لا يمكن ان يقتصر الخلل فى سلطة أو جهة دون ان نحس صدى ذلك أو اثره فى السلطة أو الجهة الاخرى •

وثمة نقطة أخرى حرية بالتنبيه وهى ذهاب كثير من الناس الى الغن من ان الاصلاح الحكومى يتوقف ، أولا وبالذات ، على اصلاح الحاكمين ، ولا عبرة بعد ذلك بالاداة الحكومية • ومع اعتقادى بأن جعل الاصلاح قاصرا على الاداة الحكومية بمفردها لا يجدى كبير نفع ، فان العناية باصلاح القائمين بشؤون الحكومة - هذا ان كان فى الامكان ذلك - دون الالتفات الى الوسيلة أو الاداة الحكومية لا يؤدى أيضا الى تحقيق الغاية المنشودة فى الاصلاح الحقيقى • وعليه فمن اللازم ان يشمل الاصلاح الامرين معا ، على حد سواء • ولنا ان نستعير من عالم الحسيات مثلا سيرا ، فقد يوفق سائق ماهر لسياقة سيارة عجز عن سياقتها غيره أقل خبرة منه ، ولكن احذق السواق لا ولن يستطيع تحريك سيارة تحطم محركها ، وأصاب الخلل آلتها • وعليه فليس فى مقدور اصلح الساسة وانزه الحكام ، السير فى دولا ب الدولة التى تحطمت اجهزتها ، واختلت سلطاتها ، ورثت مؤسساتها •

هذا وحرى بنا ان لا ننسى - فى هذا الصدد - ان الذين تؤول اليهم مقاليد الامور ، ويناط بهم زمام الحكم ، بشر مثلنا ، يميلون بطبيعتهم ، وبوحى من يبتهم ، الى الاستبداد مهما كانت ثقافتهم وميولهم السياسية قبل تولى الحكم • اذ فى السلطة قوة مغرية تدعو الى الاطلاق ، وتأنف الخضوع ولو للحق • وعليه صار لزاما ان توجد

فى كل مجتمع فاضل وسيلة عملية للحد من نفوذ الادارة اذا ما جاوزت
مدى سلطاتها ، واندفع رجالها وراء ما تمليه عليهم شيم نفوسهم من
ظلم واستبداد .

ان موضوع اصلاح الاداة الحكومية فى العراق يحتاج الى
بحث مستفيض ، ويصلح ان يكون موضوع دراسة تخصصية يكتب
فيها كتاب ، بل تكتب فيها الكتب الطوال . ولكنى اريد ان اعالج
فى هذه العجالة ناحية واحدة كان ليها « فيما أظن » أثر عميق فى
حياتنا العامة ، واعنى بها فقدان « القضاء الادارى » ؛ أو بعبارة ثانية
عدم وجود هيئة أو مؤسسة تملك الاشراف الكامل ، والمراقبة العملية
الفعالة على التصرفات والمقررات الادارية . وانا لنجد لدى الدول
الراقية جمعاء طرقا معينة يستطيع ان يسلكها كل من يريد ان يتشكى
من أى قرار ادارى يراه مجحفا بحقوقه ، وغير مستند الى حكم
قانونى واجب الرعاية ، أو صدر نتيجة سوء فهم لاحكام القانون ، أو
احدث تعسفا ظاهرا لا يمكن ان يكون المشرع قد قصده . وقد يناط
هذا الامر بالمحاكم القضائية العادية ، كما هو الحال فى انكلترة ، اذ
تملك محكمة الملك^(١) ، وهى محكمة قضائية تنظر فى المسائل المدنية
والجزائية المستندة الى القانون الاعتيادى^(٢) ، سلطات واسعة ، ورثتها
من سالف العصور وأصبحت جزءا لا يتجزأ من كيان الانكليز
الدستورى والقضائى ، وحقيقة لا يمارى فيها أحد ، أو ان يناط ذلك
بمحاكم خاصة ، تعرف « بالمحاكم الادارية » . وبما انتا ورثنا - بصورة
عامة - نظامنا القضائى والادارى عن الدولة العثمانية ، وبما ان تلك

Kings' Bench (١)

Common Law (٢)

الدولة المنقرضة كانت في أغلب الحالات قد صاغت نظمها ومؤسساتها العامة على غرار الدولة الفرنسية ، فانها لذلك لم تعط محاكمها القضائية سلطة النظر في المقررات الادارية مهما شاب تلك المقررات من الشوائب . فليس غريبا والحالة هذه الا تعطى محاكمنا القضائية سلطة النظر في المقررات والوامر الادارية ، ولكن الدولة العثمانية كانت قد اوجدت « شورى الدولة » ليقوم - الى حد كبير - بسا يقوم به صنوه « مجلس الدولة الفرنسى »^(١) . والجمهورية التركية التى ألغت المؤسسات العثمانية اوجدت مجلس الدولة التركى سنة ١٩٢٥ ليقوم بوظيفته التى من أهمها اعتباره محكمة للقضاء الادارى .

وهكذا بقيت المقررات الادارية فى العراق فى نجوة من أى رقابة جدية ؛ ذلك أن الرقابة السياسية المعترف بها دستوريا للسلطة التشريعية لا يمكن ان تغنى عن الرقابة الفعلية التى يجب ان تناط بهيئة تكون فى متناول الجميع ، ويكون واجبها الاساسى مراقبة الادارة فى تصرفاتها .

ولتوضيح مدى النقص الذى احده انعدام المحكمة الادارية فى العراق نضرب بعض الامثلة ، فلو تقدم جماعة من العراقيين بطلب تشكيل جمعية لغرض من الأغراض المباحة التى لم يحظرها القانون ولنفرض ان هؤلاء كانوا جميعا مستوفين للشروط القانونية ، ومراعين للاحكام الخاصة فى قانون الجمعيات ، ولكن مع ذلك قرر وزير الداخلية رد طلبهم . فعناية مالهم من حق هو ان يرفعوا الامر الى مجلس الوزراء ليقرر فيه قرارا قطعيا . ومن الطبيعى جدا ان يؤيد

Conseil d'état. (١)

مجلس الوزراء - وهو هيئة سياسية يكون في العادة وزير الداخلية من أقوى عناصرها ، ان لم يكن أقواها على الاطلاق - وزير الداخلية في رأيه • وقلما يصغى ، أو أن يكون له متسع من الوقت للاصغاء ، الى ظلامة هؤلاء الذين خيت وزارة الداخلية آمالهم ، وحالت بينهم وبين تعاونهم في شخصية معنوية معترف بها • وهكذا يصبح الحكم الدستوري الناطق • « بان للعراقيين حرية الاجتماع وتأليف الجمعيات » نصا مجردا تنقصه الوسيلة الفعالة لظهاره الى عالم الوجود ، اذ ليس في نظمنا ووسائلنا الحالية ما يمكن الطعن في القرار الاداري الصادر في هذا الشأن ، مهما كان فيه من تصسف أو مغالاة ، أو اساءة في استعمال الحق الممنوح للسلطة المختصة • وشييه بهذا لو تقدم ناشر (أو كاتب) وطلب السماح له باصدار مطبوع (جريدة أو مجلة أو رسالة دورية) وكانت جميع الشروط القانونية متوافرة فيه ، كما انه قدم جميع البيانات اللازمة لمديرية الدعاية العامة ، واحضر المدير المسؤول المستوفي للصفات القانونية المطلوبة ، ومع ذلك قد تمتنع الجهة المختصة عن اصدار الاجازة المقتضية • ولنفرض انها اصدرت الاجازة ، ولكنها عادت بعد ايام قلائل فقررت تعطيل ذلك المطبوع بضعة أشهر ، أو انها اصدرت أمرا بمصادرة ذلك المطبوع على اعتبار انه يشمل اموارا « مخلة بأمن الدولة » أو « مثيرة للكراهية والبغضاء بين أبناء الشعب » • أو لنفرض ان المطبوع كان علميا أو أدبيا فصدر الامر بالغاء الاجازة على اعتبار انه خرج عن حدوده • ومعلوم ان تعابير « أمور مخلة بأمن الدولة » « ومثيرة للكراهية » أو « تجاوز الحدود » أو ما شابهها مطاطة جدا ، ومجال التاويل فيها ، والمغالاة ، واسع غاية السعة ، وانه لمن الخير للمجتمع ان توجد هيئة فنية محايدة ،

تكون فى موضع القاضى ، للنظر فى الخصومات الكثيرة التى تقع بين الفرد ، أو مجموعة الافراد من جهة ، وبين السلطات الادارية من جهة اخرى •

وغنى عن القول ان هناك عشرات من المقررات التى يصدرها رجال الادارة ، والهيئات الادارية ، والتى لها أعظم الاثر فى حياة المجتمع ، ومع ذلك يقف الافراد حيالها مكتوفى الايدى ، لا يجدون سبيلا يطرقونه ، ولا وسيلة يلجونها ، للتعبير عما يحسونه من ظلم • وليس أثقل على نفس المرء من الشعور بظلم لا يجد سبيلا الى دفعه ، والتظلم منه • وهكذا يبقى الافراد مهتدين ، وحقوقهم العامة غير مصنونة - على الوجه الاكمل - ما لم توجد مؤسسة تملك حق النظر فى المقررات الادارية ، وتفتح ابوابها لكل طارق ، وتقبل الطعن من كل ذى علاقة يريد الطعن فى المقررات والاوامر والتصرفات الادارية التى يتجاوز فيها الموظفون اختصاصهم ، أو التى يخالفون فيها صراحة احكام القوانين والانظمة المتعلقة بالشؤون العامة ، أو التى يخطئون فى تفسيرها ، أو حين يسيئون استعمال السلطات القانونية المخولة اليهم • وانه لمن اللازم ان تعطى للتظلم الفرصة الكافية لبيان ظلامته ، واثبات مدعاه ، بكافة الدليل المقبولة قضاء مع ملاحظة طبيعة امثال هذه القضايا • وانه لمن اللازم ايضا ان ترفع هذه القضايا الى هيئة محايدة (مكونة تكويناً يعدها كل البعد عن الخضوع للسلطة التنفيذية) يكون لمقرراتها قوة الزامية لارجاع الامر الى نصابه القانونى ، هذا بالاضافة الى حثها فى الحكم فى التعويض المقتضى •

وطبيعى ان يلاقى تأسيس مثل هذه الهيئة « محكمة القضاء الادارى » معارضة شديدة من قبل بعض الافراد ، خاصة فى الدول،

التي لم تدرك بعد معنى الحياة الديمقراطية الصحيحة ، والتي يريد ان يستأثر فريق صغير من سكانها بمتع الحكم ، ويحتسب وراء سلطان الدولة الذي لا يريد ان يكون له قيود أو حدود •

على ان هناك فريقا من الكتاب يعارضون مخلصين تأسيس مثل هذه الهيئة على اعتبار انها ستؤدي الى التدخل في شؤون السلطة التنفيذية ، وهذا بلاضافة الى مجافاته لنظرية تفريق السلطات ، قد يؤدي الى عرقلة سير المصالح العامة • وقد يكون في هذا الاعتراض بعض الوجاهة ولكن ضرورات الحياة العملية تقضى بانشاء مثل هذه المؤسسة • وبوسع المشرع ان يتفادى تداخل السلطات ، ويحول دون عرقلة سير المصالح الحكومية حين يسن قانون مجلس الدولة ، خاصة وانه من المتفق عليه ان ليس لمجلس الدولة باعتباره « محكمة القضاء الادارى » الحق في النظر في المقررات الادارية المهمة التي تتطلب السرعة والحزم والتي تعرف بين علماء القانون « باعمال السيادة » كالتدابير الخاصة بامن الدولة الداخلى والخارجى • والمسائل السياسية العليا ، والامور الحربية والعسكرية • وانما تقتصر مهمة المحاكم الادارية على النظر في المقررات الادارية الاعتيادية ؛ وهى التى تتعلق بحقوق الافراد العامة وحررياتهم ، وكيفية تمتعهم بها تمتعا فعليا •

هذا واذا لم يكن من اختيار أحد الامرين بد ، فانه لمن الافضل للناس كثيرا ان يخضعوا الى نظام ادارى بطيىء السير ولكن يضمن فيه العدل ، ويتمتع الافراد فيه بكامل حرياتهم وحقوقهم الدستورية ، من ان يعيشوا فى نظام سريع السير ، ولكن العدل فيه قد لا يكون مضمونا ، وقد تصير فيه الحريات العامة مجرد مبادئ نظرية ليس لها وجود •

وقد خطت شقيقتنا الكبرى « مصر » فى هذا المضمار خطوة

مباركة اذ تم فيها - بعد حقبة طويلة من التردد والبحث - تشريع قانون بإنشاء مجلس الدولة^(١) أخيراً ، وقد انيط به مهام « الافناء » و « التقنين » بالإضافة الى « القضاء الادارى » وقد نصت المادة الثانية من القانون المذكور على انه يشتمل على « محكمة القضاء الادارى » وقسم « التشريع » وقسم « الرأى » ..

والذى يعنينا فى هذا الصدد هو محكمة القضاء الادارى التى انيط بها النظر فى المنازعات التى تنشأ بين الوزارات ، أو بين المصالح المختلفة ، أو بين تلك الوزارات والمصالح وبين الهيئات الاقليمية (المحلية) والبلدية ، كما جعل لها ولاية القضاء كاملة فى الطعون الخاصة بانتخاب الهيئات المحلية والبلدية والمنازعات الخاصة برواتب وتقاعد ومكافأة موظفى الدولة ومستخدميها ، وورثتهم من بعدهم • واهم من هذا وذاك هو اناطة النظر فى الطلبات التى يقدمها

الافراد بالغاء المقررات الادارية النهائية بها ؛ وذلك عندما يكون سبب الطعن عدم اختصاص الهيئة التى أصدرت تلك المقررات المطعون بها ، أو لوجود عيب فى الشكل ، أو لمخالفة احكام القوانين والانظمة ، أو لتحقيق الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها ، أو اساءة استعمال السلطة^(٢) . وقد اعتبر فى حكم المقررات الادارية رفض أو امتناع السلطة الادارية عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه •

وقرارات محكمة القضاء الادارى - وهى محكمة مكونة من خمسة من مستشارى مجلس الدولة - قطعية ، أى ان قراراتها بالالغاء حجة

(١) القانون المنشور فى ١٥ آب سنة ١٩٤٦ •
(٢) أنظر نص الفقرة (٦) من المادة الثالثة من قانون مجلس الدولة المشار اليه أعلاه •

على الكافة وواجبة الاتباع ، ولا يمكن الطعن بها الا بطريق اعادة النظر - من قبل المحكمة ذاتها - وذلك عند تحقق سبب من الاسباب المنصوص عليها في أصول المرافعات الحقوقية •

هذا وقد أعطى رئيس مجلس الدولة سلطة في ايقاف تنفيذ أى قرار ادارى مطعون فيه - قبل اصدار القرار من محكمة القضاء الادارى - وذلك اذا رأى ، بمحض ارادته ، ان نتائج تنفيذ ذلك القرار الادارى قد يتعسر تداركه •

وبمقارنة بسيطة بين هذه السلطات الواسعة الممنوحة لمجلس الدولة المصرى ، أو الأخرى لمحكمة القضاء الادارى ، وبين السلطات الممنوحة لديوان التدوين القانونى العراقى نجد البون شاسعا • ويكفى ان ننظر الى نص الفقرة (٦) من المادة الثالثة من قانون التدوين القانونى رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٣ التى جعلت من وظائف الديوان « النظر فى صحة الاوامر والمقررات التى تصدر من الموظفين ومجالس الادارة ... بناء على مراجعة من له علاقة بها وبيان ما اذا كانت مطابقة لاحكام القوانين والانظمة والتعليمات أم لا » •

فما هو الحكم الذى يترتب على قرار الديوان من ان القرار الادارى الفلانى مخالف للقانون ؟ لاشئ مطلقا وان السلطات الادارية ليست ملزمة فى اتباع رأى الديوان • وهل لديوان التدوين ان يصدر رأيه من دون موافقة وزير العدلية ؟ كلا لان المادة الخامسة من القانون الآنف الذكر اشترطت عرض جميع الآراء التى يصدرها الديوان على وزير العدلية وعند موافقته عليها - وعند موافقته فقط - يصبح العمل بموجبها صحيحا •

وهل ان وزير العدلية ملزم - حين اختلاف الديوان الى أكثرية وأقلية - باتباع رأى الاكثرية ؟ كلا ، بل باستطاعة الوزير - وقد حدث هذا مرارا عديدة - ان يأخذ برأى الاقلية المكونة من مدون واحد ويطرح رأى الاكثرية المكونة من ستة أعضاء مثلا جانبا • هذا الى حقه بطلب اعادة النظر فى القرار •

ترى أيجوز لنا بعد هذا ان نقول ان نظمنا وقوانينا ومؤسساتنا كاملة وان النقص فى رجالنا ، وأتانا لسنا بحاجة الى اصلاح الوسيلة الحكومية ؟ أفلا يتصور حدوث الحيف والتعسف والاستبداد فى نظام ادارى كنظامنا ؟ أفلسنا اذاً بحاجة الى تكوين محكمة القضاء الادارى ؟ هذه أسئلة لا أظن ان احدا ممن يدرك معنى الحكومة الصالحة ، وممن يتعشق العدل ، ويريد ان تسير الامور فى بلاده سيرا حسنا ، يتردد فى الاجابة عنها بالايجاب •

(٢)

السوابق القضائية*

- بحث مقارن -

تمهيد :

لعل من المفيد ان احدد فى مستهل الكلام ما يراد بالسوابق القضائية ، أو السوابق القانونية موضوعة هذا البحث •

يقصد بالسوابق القضائية : القيمة التى يقررها النظام القضائى للقرارات القطعية الصادرة من المحاكم ذات الاختصاص فيما يعرض عليها من القضايا ؛ واثرت تلك الاحكام فى الدعاوى المماثلة التى ترفع أمام القضاء فيما بعد •

وبعبارة أخرى هل يعتبر القضاة أنفسهم ملزمين - عند حدوث دعوى جديدة - باتباع القرارات التى سبق ان اقروها فى قضايا سابقة مماثلة للدعوى الجديدة فى الوقائع الاساسية ، ومشابهة لها فى التكوين المادى ؟

وتسلك النظم القضائية الغربية - والشرقية التى نسجت على منوال الغرب - فى هذا الصدد أحد مسلكين مختلفين ، اولهما ما سلكه نظام القضاء الانكليزى (وتابعة فى ذلك الممتلكات البريطانية وقسم

* نشر هذا البحث فى العدد الاول من مجلة القضاء لسنة ١٩٤٥ (أنظر ص ٣٧)

من الولايات فى الولايات المتحدة الامريكية) ، وثانيهما ما سلكه النظام القضائى الفرنسى وشايعه فى ذلك أفطار القارة الاوربية الى حد كبير .

السوابق القضائية فى القانون الانكليزى :

تمتاز الشريعة الانكليزية بخصائص عديدة تتميز بها عن جميع النظم القضائية القديمة منها والحديثة ؛ وقد تجت تلك الخصائص عن تطور تاريخى واجتماعى وعقلى للشعب الانكليزى ذاته . وليس من غرضنا الآن استقصاء تلك الخصائص والمميزات جميعها فى هذه المقالة . ولكن مما لاشك فيه ان من أهم تلك الخصائص وأكبرها أثرا فى تطور الشريعة الانكليزية هو اخذها بمبدأ « السوابق القضائية » ^(١) وحرصها الشديد ، بل اعتدائها به أشد الاعتداد . فمن المعلوم ان القانون الانكليزى العمومى هو عبارة عن العرف العام الذى كان شائعا بين القبائل الانكلو سكسونية القديمة كما اقره القضاة فى قضايا عرضت على المحاكم فعلا . وقد اتسعت دائرة تلك الاحكام باتساع القضايا وتعددتها ، وصار لزاما على المتخاصمين ان يشيروا فى ادعائهم ودفعهم الى قضايا معينة سابقة كانت المحاكم قد نظرت فيها وأعلنت المبادئ القانونية التى تخضع لها . وهكذا صار من الواجب الرجوع الى القضايا السالفة لمعرفة حكم القانون . وبدلا من ان يشير المحامون والقضاة الى بنود القانون أو آراء الفقهاء - كما يفعل الفرنسيون مثلا - صار الانكليز يدلون على القضايا السالفة التى اعلنت المحاكم فيها رأيها من قبل بجلاء . وهكذا صارت العناية بالقرارات كبيرة ، وصار من المحتم على رجال المسلك القانونى جمع تلك المقررات والعناية بها

Judicial Precedent (١)

ونشرها بصورة خاصة أولا ، الى ان استقر أمر نشرها بصورة دقيقة ومنظمة منذ سنة ١٨٦٥ من قبل لجنة شبه رسمية الفت لهذا الغرض .
ان مبدأ السوابق القضائية هذا قد نما تدريجيا فى خلال قرون عديدة ، هذا وان كانت آثاره قد ظهرت جلية منذ القرن الرابع عشر ، حيث نجد احد المحامين يخاطب القضاة قائلا : « أحسب انكم ستقررون فى هذه القضية بمثل ما كان يقرره اسلافكم من قبل ، وان لم تفعلوا ذلك فلا ادرى كيف يكون حكم القانون اذا » ؟

بل اننا نجد احد القضاة منذ القرون الوسطى كان شاعرا بما سيؤول اليه مبدأ السوابق فنراه يحذر أصحابه القضاة يدعوهم الى لزوم العناية فى اصدار الاحكام ؛ ذلك لان حكمهم هذا - على حد قوله - « سيتبعه القضاة فى القضايا اللاحقة فى الاجيال التالية » (١) .

على ان هذا المبدأ لم يتقرر بجلاء ، ولم تستقر أصوله تمام الاستقرار ، الا فى القرن التاسع عشر حين نجد القضاة يعلنون بصراحة تامة انهم ملزمون بالقرارات السابقة ، وانهم ليسوا احرارا فى استخلاص الاحكام القانونية واستنباطها كما يرونه مناسبا ومعقولا ما دامت تلك الاحكام القانونية قد استقرت بقرارات سابقة جرى السير بمقتضاها فى المحاكم .

ويمكننا تلخيص مبدأ السوابق القضائية فى القانون الانكليزى على الوجه التالى (٢) :

-
- (١) أنظر ص (٣٢٣) من كتاب First Book of Jurisprudence
لمؤلفه الاستاذ (بولاك) F. Pollock اطلبعة السادسة .
(٢) أنظر ص (٢٠٢) من كتاب الاستاذ (ألن) Allen
المعنون : "Law in the making"

١ - ان كل محكمة ملزمة باتباع قرارات كل المحاكم التى هى أعلى درجة منها وذلك بصورة عامة ، وهذا لا يعنى لزوم اتباعها فى القرار الواحد موضوع الخلاف فقط .

٢ - ان كلا من محكمتى مجلس اللوردات^(١) ، ومحكمة الاستئناف ملزمة بقراراتها الخاصة ؛ أى انها تعتبر سابق اجتهاداتها قانونا ملزما لها فى كل القضايا المماثلة .

٣ - ان قرارات المحاكم المتماثلة فى الدرجة حرية بالاقبساس فى المحاكم ، وهى جديرة بان ينظر اليها باعتبار كبير .

٤ - على ان الشيء الملزم فى قرارات المحاكم هو حكمة القرار Ratio desidendi لا التفصيلات العرضية الواردة فى القضايا انما المسائل الجوهرية التى بنى عليها الحكم ، وكانت السبب فى صدوره .

٥ - ان السابقة القضائية لا تهمل بمجرد القدم ومرور الزمن عليها . ولكن القرارات القديمة قلما تنطبق فى واقع الحال على ظروف القضايا الحاضرة .

٦ - يمكن اقتباس السابقة القانونية والاستشهاد بها من أى مصدر يمكن ان تعتمد عليه المحكمة . وعلى كل حال فان سجل

(١) The Court of the House of the Lords يعتبر مجلس اللوردات محكمة استئناف عليا (أى محكمة استئنافية بالدرجة الثانية) . وحين يجتمع مجلس اللوردات بصفته القضائية يتكون من عدد محدود من اللوردات القضاة المعنيين لهذا الفرض . هذا وان كان يحق لكل عضو من مجلس اللوردات - من الوجهة النظرية - ان يحضر أثناء انعقاد المحكمة ولكن العرف الدستورى يحظر عليهم ذلك .

مقرارات لجنة القرارات القانونية يتمتع بمنزلة ممتازة لا تدانيه فيها مجاميع القرارات القديمة التي كان قد قام بنشرها أشخاص أو شركات خاصة .

نقد مبدأ السوابق :

ان مبدأ السوابق القضائية قد كان هدفا لنقادات شديدة من قبل علماء القانون من أهل القارة الاوربية على الاخص ، ومن بعض الانكليز أنفسهم . ولعل أحدا لم يقس في نقد المبدأ قسوة الفقيه الانكليزي الشهير (بتام) . على ان الامر الذي لاشك فيه اليوم ان لهذا المبدأ سيئاته كما له حسناته .

فأهم ما يؤاخذ عليه هو انه يجعل تطور القانون معتمدا على الصدف ، أى على حدوث التقاضى فعلا . ثم ان معرفة السابقة القضائية ليس بالامر الهين بالنظر الى استمرار ازدياد الدعاوى وتضخم تقاريرها زيادة مضطردة . وكثيرا ما يجد القضاة انفسهم فى حرج شديد ليس من السير ان يجدوا منه مخرجا . وشتان بين من يقتس بين مئات القضايا المنشورة فى آلاف الصحف لاستخراج الحكم القانونى ، وبين من يرجع الى المواد المعينة المنصوص عليها فى متن القانون المنشور فى صفحات معدودات . وعندى ان أهم انتقاد يوجه الى مبدأ السوابق هو انه يقيد القضاة بقيود قاسية أحيانا ، وينمى فيهم روح المحافظة الشديدة ، والمغالاة فى احترام آراء السلف وان كانت تلك الآراء خاطئة لا تنطبق على الحقيقة ولا تقررها قواعد المنطق . وقضاة الانكليز باتباعهم قاعدة السوابق ، يبررون المبدأ الذى قال به بعض فقهاء الرومان والذى ينص على : (ان الخطأ الشائع يكون القانون أحيانا) "Communis eiron facit jus" ، وهذا شبيه بما يقوله بعض

التأخرين من علمائنا - خطأ مشهور خير من صواب مهجور - • ولا يخفى ما فى هذه القاعدة من مجافاة لقواعد العدل •

ومهما يكن من امر فإن لمبدأ السوابق حسنة لا يمكن نكرانها ؛ فهو يوضح حكم القانون بجلاء مما يرفع التموج فى فهم الاحكام القانونية ، ويقضى على التردد الذى هو أضر ما يكون بحقوق الافراد • ومبدأ السوابق يزيد فى ثقة الجمهور بالقضاة ويجعل لهم منزلة سامية (وهذا جلى مما يتمتع به قضاة الانكليز) باعتبارهم الحارسين الحقيقيين لحريات الناس • ذلك لانه ، على حد ما قال الاستاذ (برايس) : « ان رجوع المحاكم الرفيعة فى البلاد عن قراراتها السابقة يؤدى الى زوال ثقة الافراد باستقامة القانون ووحدته » •

وقد دافع القاضى اللورد (ونزليديل^(١)) عن الطريقة الانكليزية بأبلغ بيان حين قال : يتكون نظام القانون العمومى عندنا من تطبيق تلك القواعد المستقاة من المبادئ القانونية ، والسوابق القضائية ، على مجموع الظروف الحادثة ولكى نحصل على الانسجام ، والاستقامة ، والتيقن ، علينا ان نطبق تلك القواعد على كل ما يستجد من القضايا - ما لم تكن تلك القواعد مناهضة للعقل تماما ، ولا يمكن ان يبررها الواقع بحال من الاحوال - •

ونمة ميزة أخرى كان لها الاثر الكبير فى توجيه السياسة القضائية - ان صح هذا التعبير - فى بلاد الانكليز ؛ واعنى بها افساح المجال أمام وكلاء الخصوم للاقتباس من الاحكام السابقة ، ومحاولة تطبيقها على الوقائع الحادثة ، وهذا أدى بدوره الى تنمية روح الاسفراء

(١) L. J. "Wenselydaole"

التأريخي ، والاستدلال المنطقي لا بين الوكلاء فحسب بل وبين القضاة أنفسهم . حتى انك لتجد بعض القرارات المهمة مسطرة في عشرات الصفحات في أسلوب علمي رصين ، بل وصياغة فنية مبدعة ، يجد فيها المتأدب متعة ، كما يجد فيها دارس القانون فائدة ، قلما نجد لها نظيرا في القرارات الصادرة من المحاكم التي تتبع هذا المبدأ .

السوابق القضائية في القانون الفرنسي :

سلك القانون الانكليزي ، كما تجلّى مما ذكرناه ، مسلكا استقرائيا في تحرى الاحكام القانونية ، وسلك القانون الفرنسي مسلكا استدلاليا : وكان وفقا لطبيعة الاشياء ان يسلك كل من هذين النظامين الطريق الذي نهجه . ذلك لان القانون الانكليزي غير المدون لا تناسبه الا الطريقة الاستقرائية . اما القانون الفرنسي فقد جمع في مجاميع قانونية شملت مختلف فروعه ؛ كالقانون المدني والقانون التجاري ، والقانون العقابي ، وغير ذلك من مجاميع القوانين المادية والوصفية . فاذا ما رفعت قضية الى القضاء فليس على الحاكم الا ان يطبق نصوص القانون على الوقائع المعينة . ولكن هذه النصوص قد تكون واضحة فلا يجد القاضي مشقة من تطبيق احكامها ، ولا يكون هنالك مجال كبير لاختلاف الرأي . وقد تكون عامضة أحيانا أو ناقصة الاداء ؛ فعندئذ يتحرى القاضي ما هو أقرب الى قصد المشرع ، وأنسب لمفهوم النص ، فيطبقه على الحادثة المعينة في مثل هذه الحالة . ولكن ما الحكم في ما اذا فسرت احكام قانونية معينة بوجه من الوجوه ، وجرى تطبيقها على واقعة أو وقائع معينة فهل للمحاكم ان ترجع عن ذلك المفهوم القديم فتقرر تفسيراً جديداً غير عابثة لسابق رأيها ؟ للجواب على هذا السؤال يجدر بنا ان نفرق بين أمرين مختلفين تمام

الاختلاف ؛ المبدأ النظرى ، والحالة الواقعية •

فمن الوجهة النظرية يكون الجواب بالإيجاب • اذ من حق المحاكم الفرنسية عامة ، ومن حق محكمة النقض ذاتها ان ترجع ، متى شئت عن سابق تفسيرها لاحكام القانون • بل ان من حق المحاكم ان تصدر حكمين مختلفين فى حادثتين متماثلتين فى الوقائع تمام التماثل ، ومتشابهتين فى الظروف والملابسات كل التشابه • ولكن المبدأ النظرى شئ ، والواقع العملى شئ آخر ، اذ ان المحكمة وان كانت تملك حق تفسير القانون بالشكل الذى ترتضيه ، ويطمأن اليه وجدنها ، ولكنها فى العادة لا ترجع يسر عن سابق قراراتها • ولو كان الحال على غير ذلك لما بقى للأفراد ثقة من قرارات المحاكم ، ولما اطمأن الناس الى مصائرهم أقل أطمئنان ، ولصار التقاضى كالاشتراك فى المراهنات و (أعمال اليانصيب) • أجل لقد حدث فى تأريخ محكمة النقض الفرنسية ان رجعت عن بعض آرائها واتخذت ، فى قضايا جديدة ، آراء غير ما كنت قد رأته فى قضايا مماثلة ، ولكن ذلك لم يحدث الا نادرا بالنسبة لآلاف القضايا التى عرضت عليها ، والا بعد مرور مدة من الزمن على القرارات السابقة ، والا بعد تطور اجتماعى واقتصادى وظهور عوامل جديدة تبرر اتخاذ الرأى الجديد •

ولقد كان لقرارات محكمة النقض أكبر الاثر على المحاكم الاستئنافية والبدائية لا يقل فى الواقع عن اثر قرارات محكمة مجلس المورديات أو محكمة الاستئناف الانكليزية على محاكم الدرجة الاولى • والقول القديم بان القانون الانكليزى يعنى بالقضاء ، ولا يعنى بالفقه بينما القانون الفرنسى يعنى بالفقه ولا يعنى بالقضاء قول لم يبق له فى الواقع العملى الا أقل الاثر واضعفه • فلئن بدا هذان النظامان القضائيان

من نقطتين مختلفتين فانهما فى سيرهما فى مضمار الحياة اقتربا كل الاقتراب ؛ وبقي مع ذلك الخلاف بين المقررات الانكليزية والمقررات الفرنسية فى الصيغة أكثر منه فى المبدأ . فبينما نجد المقررات الانكليزية مطولة ومعللة تعليلا شاملا ، بل وبينما نجد قرارات عديدة بتعدد الحكام الذين يكونون المحكمة - ان كانت المحكمة مؤلفة من أكثر من قاض واحد ، والعبرة بعد ذلك بحكمة القرار الذى يبنى عليه القضاة أو أكثريتهم الرأى النهائى - نجد ان قرارات المحاكم الفرنسية وعلى الاخص قرارات محكمة النقض قصيرة ومصاغة بلفه حاسمة^(١) ، ولا نجد الا قرارا واحدا فى القضية الواحدة مهما كان عدد القضاة الذين يؤلفون المحكمة .

وبينما نجد القضاة الانكليز يضعون القواعد العامة ، ويناقشون الآراء المختلفة فى قراراتهم ، نرى القضاة الفرنسيين قد حظر عليهم بمقتضى المادة الخامسة من القانون الفرنسى تقرير المبادئ القانونية العامة التى تطبق فى القضايا المتماثلة أثناء النظر فى قضية معينة ؛ لانهم حريصون أشد الحرص على التفريق بين سلطتى التشريع والقضاء ، ولا يسلمون بوجود قانون هو من صنع القضاة ، كما كان فى العادة يعبر عن القانون العمومى الانكليزى .

مبدأ السوابق فى القانون العراقى :

من المعلوم اننا ورثنا تكويننا القضائى بصورة عامة عن العهد

(١) تسمى محكمة النقض أو التمييز الفرنسية بمحكمة Cour de Cassation وما تعنيه كلمة "Cassation" القطع أو البتر أو الحسم أو النقض ولذلك تسمى محكمة التمييز فى مصر بمحكمة « النقض » وقد اصف اليها أحيانا كلمة « الأبرام » وان مصطلح « التمييز » أقصر وأدق .

العثماني ، ومن المعلوم أيضا ان الدولة العثمانية حينما ارادت ان تجدد نظمها وتجعلها على غرار النظم الغربية اتخذت فرنسا قبرة لها وتوجهت شطرها ، واقتبست كثيرا من قوانينها ونظمها ومبادئها . وكان وفقا لطبيعة الاشياء ان لا يعرف مبدأ السوابق القضائية في القانون العثماني بالشكل الذي عرفه القانون الانكليزي .

وفي الحقيقة فقد رجعت محكمة التمييز العثمانية عن بعض آرائها في مناسبات خاصة ، وفي قضايا معينة . ومع ذلك فقد كان لقرارات محكمة التمييز أكبر الأثر في توجيه احكام القانون وتفسير ما غمض منها . ولم ترجع محكمة التمييز العثمانية عن رأيها الا عندما يظهر لها بجلاء ان المفهوم القانوني السابق لا ينطبق مع المفهوم الصحيح للقانون . ولم يحدث هذا الا في فترات معقولة من الزمن ، والا بعد ان دعت الحاجة الماسة اليه .

ان المحاكم العراقية ، وعلى رأسها محكمة التمييز ، تعتبر نفسها حرة غير مقيدة باتباع سابق قراراتها . وهي بهذا تحذو - من حيث المبدأ - حذو محكمة التمييز الفرنسية ، وحذو المحكمة الأمريكية لاتحادية العليا . وهذا المبدأ ، من حيث هو ، صحيح ومقبول . وهو نتيجة منطقية لمبدأ فصل السلطات ، واستقلال القضاء . وهو اذا ما استعمل بحكمة وسداد كانت فائدته في تطور القانون ، وتقريبه من مبادئ العدل لا يمكن نكرانها . ولكن يحق لنا ان نقول ان الافراط في استعماله - هو كالأفراط من كل شيء - قد يؤدي الى نقيض ما قصد منه ، وهذا يفوت الغرض الاساسي منه ، ويحيل هذا المبدأ الا نقمة حين اريد به ان يكون نعمة .

انا بوصفنا دولة ناشئة احوج ما نحتاج اليه الاستقرار . واذ لم

يحصل هذا الاستقرار فلا يطمأن الناس الى مصائرهم • وكيف يأمن الناس على حقوقهم اذا كان الحكم القانونى الواحد يقرر بشكلىن مختلفين متناقضين فى قضيتين متماثلتين تحدثان فى بيئة واحدة ووقت واحد ؟ ان من اوجب الوجائب على المعنيين بشؤون القانون من قضاة ومحامين وغيرهم ان يبذلوا جهدا صادقا لاقرار مبدأ حكم القانون الواحد العام لكافة أفراد الشعب ، وهذا المبدأ هو أول ما يجب ان يتحقق فى كل مجتمع رشيد • ان القضاة هم الذين يعمون الحياة فى كلمات القانون الميتة كما قال أحد فقهاء الغرب المحدثين ، فعليهم اذا تقع أكبر التبعة فى تحقيق ثقة الناس بحكم القانون والاطمئنان اليه • ولكى نستطيع الوصول الى تحقيق هذا المبدأ علينا ان نعنى بقرارات المحاكم عناية خاصة ، فيجب العناية بصياغتها ، كما تجب العناية بتسجيلها ونشرها ، والاقتباس منها ، والبحث فيها • وعندى ان علنية المحاكم - المبدأ الذى اقرته الدساتير الحديثة جمعا - لا يتم على الوجه الاكمل الا بنشر قرارات المحاكم واخضاعها للنقد العلمى الدقيق •

وان مجلة القضاء لتخدم الاسرة القانونية أكبر خدمة بنشرها مقررات المحاكم ، وان خدمتها ستتضاعف اذا ما ضاعفت عنايتها بتلك المقررات ، وأخذت بما أخذت به الامم الراقية من لزوم التعليق على تلك المقررات ، والمقارنة بينها وبين سابقتها •

وعسى ان تجد مجلة القضاء نفسها قادرة على تحقيق هذا الامر الجليل فتسدى بذلك خدمة جديدة حرة بها ان لا تتعاس عن أدائها •

نظرات في القانون الاساسى العراقى (*)

وضع دستور لدولة من الدول أو تعديله ، حادث خطير فى حياة الشعب ، ويتطلب - أول ما يتطلب - ظروفًا مواتية ، وتفهما دقيقًا لحاجة الشعب ، وأوضاعه العامة ، وطبيعة الزمن الذى يعيش فيه • ويجب ان يصاغ بدقة تامة ، ومرونة معقولة ، بحيث يحسب فيه للتطور الزمنى حسابه لئلا يصبح ذلك الدستور جامدا كل الجمود • والنصوص المقتنة أكثر ميلا الى الاستقرار ، وهى فى الحقيقة تحد ، فى أحيان كثيرة ، من النمو الطبيعى الذى هو سنة الكائنات الحية جميعا •

ولقد وضع القانون الاساسى العراقى ، أول الامر ، فى ظروف شاذة ؛ فقد كانت قوى الاحتلال جائرة فى البلاد ، وكانت الدولة المنتدبة هى وحدها صاحبة السلطان الفعلى • على ان ذكرى الثورة العراقية كان حيا ، وكان من أول مطالب المثقفين من دعائها اقامة دولة مستقلة ، وانشاء كيان دستورى مكين • غير ان القوى لم تكن متكافئة ، ولهذا لم يكن القانون الاساسى العراقى الذى اقره المجلس التأسيسى

(*) نشر هذا المقال فى العدد ٢٠١ من مجلة القضاء لسنة

١٩٥٨ (أنظر ص ٥) •

سنة ١٩٢٤ الا (تسوية) بذلت الجهات الوطنية - وخاصة المعارضة - جهودا لا تنكر في استخلاص بعض الحقوق وتثبيتها في ذلك القانون الاساسي . وعلى الرغم من تلك الانتصارات الجزئية فقد بقي الطابع العام لقانوننا الاساسي هو « وضع تدابير ضيقة من شأنها تعزيز مركز بريطانيا العظمى في العراق » على حد ما ورد في مذكرات أحد أعضاء لجنة الدستور البارزين من البريطانيين .

وعبنا حاولت بعض الجهات الوطنية اقناع السلطات البريطانية بالسير في هذا الامر السير الطبيعي ؛ وذلك بوضع قانون اساسي للبلاد أولا ثم ابرام معاهدة التحالف مع الدولة المنتدبة ثانيا . ولقد كان البريطانيون جد متبهمين الى احتمال عدم اقرار المجلس التأسيسي لمعاهدة التحالف ولذلك اشترطوا على المجلس التأسيسي ان يبرم المعاهدة أولا ثم يسير في وضع القانون الاساسي بعد ذلك . وكأن سلطات الانتداب كانت تريد ان تقول للوطنيين ! ما لم تعقدوا معاهدة التحالف لن تناووا دستوركم المنشود ، ولن تقام دولتكم العتيدة . وهكذا كان ، فأصبح الدستور العراقي لذلك نتيجة من نتائج المعاهدة (أنظر المادة الثالثة من معاهدة سنة ١٩٢١) ، وكانت تلك المعاهدة نتيجة من نتائج صك الانتداب الذي فرضته عصبة الامم على العراق فرضا بتوجيه الدول المنتصرة في الحرب العالمية الاولى .

ومهما يكن من أمر فقد تصرم ثلث قرن أو يزيد على انشاء دولة العراق ، وعلى تشريع قانونه الاساسي لم يصبه خلال تلك الفترة الا تعديل جوهرى واحد حدث سنة ١٩٤٣ . وقد جرى ذلك التعديل وظروف الحرب العالمية الثانية وما يواكبها من أوضاع خاصة قائمة ، وذكرى حوادث عام ١٩٤١ مهيمنة على أذهان المسؤولين ، ولذا جاء

التعديل - فيما عدا بعض الاصلاحات اللغوية والتدوينية وبعض المبادئ التي سرت سير عمل الحكومة - ناقصا من وجوه عديدة ، ومستهدفا مسائل خاصة معينة لا يستطيع الباحث المجرد ان يقول إنها جعلت الحكم الدستوري في العراق أكثر ديمقراطية ، أو انه يسر للأفراد صيانات جديدة ، وأعطى للشعب حريات أخرى كان قد اغفلها أو أوجز ذكرها القانون الاساسي عند وضعه سنة ١٩٢٤ •

ومرة أخرى تضطربنا الظروف اليوم ، وتلزمنا الحوادث المفاجئة ، والاحداث الجسام ، التي تمر بعلنا العربي ، الى تعديل قانوننا الاساسي • ولست أدري هل سيوفق الذين بيدهم زمام الامور في تدارك أوجه النقص العديدة في دستورنا ، فيعملوا على اصلاحها وتمكين الشعب من حكم نفسه بنفسه ، أو هل ستقتصر التعديلات على ما تفرضه عليهم تلك الحوادث دون النظر البعيد الى متطلبات المستقبل ، ودون النظر الى المدى الذي بلغه الشعب العراقي من يقظة وتجاوب ؟؟

ولقد شعرت باستعداد تام للاستجابة لطلب هيئة تحرير مجلة القضاء في كتابة هذا المقال على عجل لأجمل فيه أهم أوجه النقص في قانوننا الاساسي راجيا ان يتنبه إليها من يعنيه الامر ، كما أرجو ان يكون مفيدا في معالجة هذا الموضوع الخطير معالجة موضوعية مجدية •

وقبل هذا أرى لزاما عليّ ان أجيب على توهم خاطيء شائع في بعض البيئات وهو قول بعضهم : « ان العبرة ليست بالدساتير بل بطريقة تنفيذها » ان مشكلتنا الكبرى في العراق - في رأى هؤلاء - ليست في نقص الدستور ، ولكنها في عدم تطبيقه على الوجه الصحيح ان هذا القول ، على الرغم من وجاهته الظاهرة ، لا يعبر في الواقع الا عن نصف الحقيقة ، وهو لا يعبر عن الحقيقة كاملة : ان

الدستور العراقي لم يطبق تطبيقا حسنا ، ما فى ذلك ريب ، وان سوء التطبيق اوجد شكوى مريرة ، ما فى ذلك أدنى شك أيضا • ولكنه لو طبق أحسن تطبيق وأكمله فسيبقى مع ذلك مجال واسع للتشكى ، وستبقى نوافذ للسوء يلجها المطبقون ويجعلون الحريات العامة والصيانات الفردية أثرا بعد عين • وعلى هذا فان الشكوى من سوء تطبيق القانون الاساسى الحالى ، يجب الا تصرفنا عن الدعوة الجدية الى تعديل احكامه ، لان مجال السوء كامن فى تلك القواعد ذاتها • وما دام هناك احتمال للأساءة فى التطبيق فان هذا الاحتمال سيزداد كلما كان القانون الاساسى سيء الصياغة ، ناقص الصيانات • وفى مجتمع كمجتمعنا ، وفى ظروف كظروفنا ، يكون من الواجب المحتم على الفئة الواعية تشديد الطلب لأصلاح تلك النصوص بالنظر الى الاحتمالات العديدة المتكررة فى الاساءة ...

وعلى كل حال فليس فى مقدورنا ، فى هذه العجالة ، ان نستوعب جميع اوجه النقص العديدة ولذا سأكتفى بالامام بأهم النقائص التى يمكن - تيسيرا للبحث - جمعها تحت خمسة أصناف أساسية على الوجه التالى :

- ١ - نقائص تتعلق بالصياغة وفن التقنين وما يتصل بذلك من لغة ومسائل شكلية •
- ٢ - نقائص تتعلق بغموض بعض النصوص وصيرورة بعضها الآخر غير متناسب مع الوضع الراهن فى العراق •
- ٣ - عدم ضمان الحريات العامة ضمانا كافيا •
- ٤ - عدم النص على ضمان الحقوق الاجتماعية والاقتصادية •

٥ - اختلال التوازن بين سلطات الدولة الثلاث .

إن النقائص المتعلقة بالصياغة ظاهرة الى الآن - وإن قضى على بعضها في تعديل سنة ١٩٤٣ - في أكثر من مادة واحدة . ويستطيع قارئ القانون الاساسي العراقي ان يدرك - ان كان مثقفا - انه لم يوضع أول الامر باللغة العربية . ان طابع الترجمة ظاهر في أكثر من مادة واحدة من مواده . وانه معيب شكلا من نواح عديدة ؛ ففيه تكرار ، وفيه تفصيل لجزئيات ، وفيه كلمات بمعنى واحد ولكنها استعملت بلفظين أو أكثر . فما هي « القومية » الواردة في المادة السادسة ؟ وهل هناك « أمة عراقية » وقد استعمل هذا اللفظ كثيرا ؟ وكان المناسب استعمال لفظ الشعب العراقي وذلك للاختلاف الواسع بين مدلول « الامة » و « الشعب » في اللغة العربية في حين يستعمل لهذا لفظ واحد في بعض اللغات الاجنبية .

ولعل من ابرز أمثلة الغموض المادة الرابعة التي تكلمت عن العلم العراقي وحددت نسب أبعاده دون ان تحدد سعته بوضوح وقد يكون عرضه ميلا وطوله ميلان . لان الضابط الوحيد هو نسبة ابعاده وموقع ألوانه ليس غير .

اما النصوص التي لم تعد مناسبة في الوقت الحاضر فكثيرة نجتزئ منها المادة السابعة والثلاثين الناصة على « وجوب تمثيل الاقليات المسيحية واليهودية » . ان اليهود لم يعودوا اقلية تبرر النص خاصة بعد ان أيدت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ ٢١-٦-١٩٥٢ لزوم النظر الى النسبة العددية عند تحديد عدد نواب الاقليات ، ثم ان المسيحيين في العراق - وهم عرب كمعظم سكان القطر - لاشك انه مما يسىء اليهم التحدث عنهم بوصفهم أقلية . ان هذه الشئشنة القديمة

التي كانت دولة الانتداب تتخذ منها تكأة قد رثت اليوم ، وقد اثبت مسيحيو البلاد العربية في أكثر من مناسبة واحدة انهم جزء من الامة العربية وأفرادهم بنصوص خاصة أمر ماس بكرامتهم • ولعل من الطريف ان نعلم ان بعض أعضاء المجلس التأسيسي (كما تشير بذلك محاضر المجلس التأسيسي) قد تنبهوا الى هذا الامر وعارضوه بشدة دون جدوى •

ووثيق الصلة بهذا الموضوع النص صراحة على تقسيم المسلمين الى سنين وجعفرين واشترط شروط خاصة بشأن القضاء الشرعي (أنظر المادة ٧٧ من القانون الاساسي العراقي) • ان من اوجب واجباتنا لتحقيق الانسجام الاجتماعي في مجتمعنا القضاء على دواعي الفرقة ، والنظر الى الفقه الاسلامي ، بجميع فروعه نظرة ، واحدة شاملة دون تمييز بين المذهبين بل بين المذاهب جميعا • ان بقاء هذه النصوص وامثالها بصيغتها الراهنة سيحول دون تمكين المشرع في المستقبل من اجراء اصلاح التقني في احكام الاحوال الشخصية ، وستقف حجر عثرة في طريق وضع قانون موحد في هذا الخصوص •

اما عدم ضمان الحريات العامة ضمانا كافيا في القانون الاساسي العراقي بنصوصه الراهنة فاحسبه من الواضح بحيث لا يحتاج الى برهان كبير • ولا تكاد مادة من مواد الباب الاول المتعلقة بحقوق الشعب الا وقد استحالت الى نص مجرد لا يكاد يعنى في واقع الحال شيئا في حماية حقوق الشعب • فالمادة الخامسة التي تنص على ان الجنسية العراقية واحكامها يحددها القانون لم تحم العراقيين (حتى العراقيين الاصليين) من اسقاط الجنسية العراقية عنهم وبالتيجة جواز نفيهم الى خارج العراق خلافا لما جاء في آخر المادة السابعة من القانون

الاساسى العراقى • والمادة السابعة ذاتها التى تبحث عن صيانة الحرية الشخصية لم يبق لها مدلول مهم مع السلطات الواسعة التى تملكها السلطات التنفيذية فى قوانين كثيرة ، وخاصة أثناء اعلان الاحكام العرفية ، وعلى الاخص بعد ان توسع فى مفهوم مراقبة الشرطة بحيث صار من حق وزير الداخلية تحديد منطقة ضيقة لا يستطيع الفرد المحكوم عليه بالمراقبة الخروج عن نطاقها • والمادة العاشرة التى تنص على ان للعراقيين حرية ابداء الرأى والنشر والاجتماع وتأليف الجمعيات والانضمام اليها ضمن حدود القانون غير ضامنة للحريات الاساسية العامة • وخاصة بعد صدور القوانين الخاصة بالمطبوعات والجمعيات والاجتماعات • ان التنظيم الحزبى والنقابى معدوم انعداماً كاملاً فى العراق منذ أمد بعيد ، وحرية الصحافة بحكم المدة بعد الغاء الصحافة الحزبية ، وبعد إعطاء سلطات واسعة لوزير الداخلية فى الغلق والتعطيل • وعلى العموم فلا بد من صياغة هذه المواد صياغة جديدة تحقق للشعب حقوقه تحقيقاً فعلياً ، وتمكنه من ممارسة تلك الحقوق بصورة فعالة • ان الاكتفاء بتعابير عامة مرنة غامضة لا تغنى عنه فى واقع الحال قليلاً •

اما عدم النص على الحقوق الاجتماعية والاقتصادية فلعل مرجعه الاساسى ان الدستور العراقى وضع فى اعقاب الحرب العالمية الاولى ، ولم تكن النزعة الاشتراكية قد وضحت فى العالم بجلاء الا بعد الحرب العالمية الثانية • ونقص القانون الاساسى العراقى فى هذا الشأن يتجلى بصورة ظاهرة بمقارنة القانون الاساسى العراقى بدستور الجمهورية الرابعة الفرنسى وبالدستور الهندى وبالدستور السورى لسنة ١٩٥٠ وكذلك بدستور الثورة المصرى الذى نشر سنة ١٩٥٦ • ولا بد من

النص على حماية الاسرة والمرأة والنشأ وحماية الشيخوخة وحماية المصابين باضرار الحروب ورفع مستوى الافراد الاجتماعى والاقتصادى وضمان العدالة الاجتماعية فيما بينهم •

على ان النقص الاساسى فى القانون الاساسى العراقى يكمن فى عدم توازن السلطات الثلاثة الاساسية فى الدولة ؛ واعنى بها السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية • ولن تتأتى لدولة حياة ديمقراطية رتيبة الا حين يكون هناك توازن بين هذه السلطات بحيث لا تستحوذ واحدة على غيرها • والقانون الاساسى العراقى قائم على أساس اعطاء سلطات كبيرة للسلطة التنفيذية وحرمان السلطين الاخرين من كثير مما يتمتع به مثيلاتها فى البلاد الديمقراطية ، ويكفينا فى هذا الصدد ذكر بعض الامثلة •

فالسلطة التنفيذية تملك حل المجلس حتى ثانى يوم تمام انتخابه دون ضابط فى هذا الصدد ، وهى تملك التأجيل والفض وحل البرلمان وهى فوق ذلك تملك التشريع أثناء عطلة المجلس أو حله (أنظر الفقرة ٣ من المادة ٢٦) •

ان هذه الفقرة مكنت الحكومات المتعاقبة من تشريع مراسيم جاءت بأحكام على غاية من الخطورة وحددت حريات الافراد الى أقصى الحدود ، وبقي بعضها نافذا فترة طويلة من الزمن دون ان يقر المجلس تلك التشريعات • وقد فُسرَت هذه الفقرة تفسيراً واسعاً بحيث صارت مهمة الحكومة (السلطة التنفيذية) قاصرة على مجرد عرض تلك المراسيم على السلطة التشريعية بممارسة أعمالها • ان هذه الفقرة يجب ان تصاغ صياغة جديدة تحد من كيفية استعمالها على الوجه الذى اسرف كثير من الحكومات فى استعماله بحيث لم يبق للمشرع

الشأن الذى يجب ان يكون له فى أى نظام برلمانى سليم فى ظل حكم ديمقراطى صحيح .

كذلك صارت السلطة التنفيذية تمارس سلطات واسعة تشمل كيان السلطين الاخرين التشريعية والقضائية باعلان الاحكام العرفية التى يكتفى بالقول انها قد اعلنت بصورة (موقته) وقد يستمر هذا التوقيت أشهراً أو سنوات . ان النص المتعلق باعلان الاحكام العرفية يحتاج الى سبك جديد وتحديد واضح لمهامه بحيث لا يستعمل وسيلة لكبح حريات الافراد ، وشل السلطين الاخرين شللاً جزئياً أو كلياً . ولا شك ان وجود أحد مجلسى الامة وجميع أعضائه معينين شل للسلطة التشريعية وانتقاص من سيادة الامة . وقد آن الاوان لان يعاد النظر فى تكوين مجلس الاعيان (ان كانت هناك ضرورة لبقائه) بحيث تصبح أكثرية على الأقل منتخبة . ان مجلس الاعيان اريد به (كما هو ظاهر من دراسة مذكرات ذوى الشأن اثناء وضع القانون الاساسى) ان يكون «مجلس الملك» فى المشروع البريطانى . وهو اليوم جزء اساسى من السلطة التشريعية ولا بد - اذا اردنا حقاً ان نساير التطور الزمنى - ان نبحت عن طريقه جديدة فى اختيار اعضاء هذا المجلس بصورة تمكن الانتفاع من بعض الكفاءات ، وبعض الشخصيات فى هذه الندوة العليا . ان النص الحالى بشأن من يصلح لعضوية مجلس الاعيان نص أقل ما يقال فيه انه غامض بحيث لا يحول حتى بين الشخص الامى وبلوغ هذا المقام الرفيع . حتى لقد استحات «العينية» فى نظر بعض العراقيين الى مرتب تقاعدى اضافى ، ومنحة لا يطالب الفرد بوجبة عنها غير الصمت الدائم واكمال النصاب القانونى .

ان السلطة القضائية لم تتمتع بالاستقلال التام عن السلطة التنفيذية

بحيث يصح القول بوجود سلطة قضائية مستقلة يحكم الناس اليها في الخصومات التي تقع بينهم ، أو الخصومات التي تقع بين الافراد من جهة وبين الدولة ذاتها في الشؤون الاعتيادية أو الشؤون المتعلقة بحياتهم العامة . ثم ان فقدان هيئة عليا للقضاء الاداري (مجلس الدولة) نقص جوهري يرجو كثير من المخلصين ان تنبه اليه الجهات المعنية عند اعادة النظر في القانون الاساسي العراقي . كما ان التوسع في المحاكم والمجالس الخاصة شل للسلطة القضائية وانتقاص من سلطاتها .

ولقد كانت الحاجة لايجاد محكمة عليا مستقلة دائمة مكونة من رجال القانون الممتازين بصفاتهم الشخصية ، ممن يتمتعون بصيانات كافية تمكنهم من ممارسة مهامهم ممارسة جدية بصورة لا يخشون معها تأثيرا من أى جهة كانت قائمة في ظل الدستور الحالي ، وقد أصبحت هذه الحاجة اليوم أكثر لزوما ما دمنا مقبلين على انشاء دولة اتحادية . والدول الاتحادية تمتاز ، أول ما تمتاز ، بمحكمة عليا تملك سلطات واسعة تصان بها حقوق الافراد ، وتكون حكما في المنازعات بين دول الاتحاد وبين السلطات المختلفة في الدولة ذاتها .

هذه بعض أوجه النقص في قانوننا الاساسي أردنا بها التمثيل ولم نرد الحصر ، وهي نقائص جوهريّة حري ان ينظر اليها المخلصون بعناية ، وان يعمل لها الحريصون على ايجاد نظام ديمقراطي سليم بجد واطراد .

ومن الملاحظ ان القانون الاساسي العراقي قد تفادى استعمال لفظ (الديمقراطية) على الرغم من ورودها في صيغة البيعة عند انشاء هذه المملكة ، وعلى الرغم من تردها في بعض الخطب المهمة التي كان العاهل المنشئ قد القاها قبل التوقيع وبعده ، وعلى الرغم من ورود

حواها في صك الانتداب الذي انبثقت عنه المعاهدة العراقية البريطانية
الاولى التي كان الدستور من متطلبات أحد بنودها •

ولست أدعو اليوم الى اقحام هذا اللفظ اقحاما في بعض مواد
الدستور عند تعديله ؛ ولكنني أعتقد ان انشاء كيان ديموقراطي في
العراق - على الرغم مما في الديمقراطية من عيوب - هو السبيل الامثل
لايجاد استقرار سياسي صحيح ، وتعاون بين الحاكم والمحكوم وثيق •
وهو الطريق الذي ينجينا من كثير من الاخطار التي تحيق بنا •
وليست الديمقراطية كلمة سحرية تحدث مفعولها بمجرد النطق بها ،
أو ترنيم ألفاظها • انها معنى يقوم - أول ما يقوم - على التسليم بحق
الشعب بحكم نفسه بنفسه ، وتمكينه بكل وسيلة مجدية من التعبير عن
ذاته تعبيرا صادقا لا اكراه فيه ولا تزوير • وانها فوق ذلك ، تربية
واعداد بكل ما في التربية والاعداد من معاني •

ان من متطلبات الحكم الديمقراطي ان يصبح رئيس الدولة
الاعلى رمزا للامة ، ومظهرها لسيادتها ، وهو حين يضعه الدستور فوق
القانون ، يريد ان يسود ولا يحكم • وان يكون للشعب بمجموعه
وعلى اختلاف آراءه لا طرفا في الخصومات التي لا بد ان تشتجر بين
أحزابه وهيئاته •

وهو يتطلب ان يكون القضاء سلطة مستقلة عليا قائمة بذاتها
غرضها الاول تطبيق القانون بين الناس واشاعة الطمأنينة بين أفراد
المجتمع جميعا ، وان لا يكون لاحد سلطان على القضاء ، وان يصابوا
من كل ما يؤثر على استقلالهم أو يحط من منازلهم كالعزل والنقل
والاحالة على التقاعد الا في حدود نصوص قانونية قاطعة يناط تطبيقها
بهيئة مستقلة منبثقة من القضاء أنفسهم •

والديمقراطية فوق ذلك ، وقبل ذلك ، تتطلب ان يصبح
الحكام (السلطة الاجرائية) اداة لتنفيذ القانون ، وخدمة الامة التي
لها ، ولها وحدها ، السيادة ، وهم اجراؤها الذين يشغلون مراكزهم
نيابة عنها ، ويعملون باسمها ، ويحسبون لرضاها كل حساب •

فاذا تحقق هذا - وقمين بنا ان نجد في سبيل تحقيقه - لن
يردد الناس ، كما كان أبو العلاء المعري قبل نيف والاف عام يردد :

مل المقام فكم اعاشر امة امرت بغير صلاحها أمراؤها
ظلموا الرعية واستباحوا كيدها وعدوا مصالحها وهم اجراؤها

امتيازات الملك في الدستور البريطاني (*)

يتمتع الملك ، في الدستور البريطاني غير المكتوب ، بامتيازات عديدة تطورت تطورا مستمرا ، واستحالت بفعل الزمن والاحداث الى ما يتلائم مع الحياة الدستورية الصحيحة ، والنظام الديموقراطى الدقيق .

ولقد كانت انكلترة جد محدودة اذ وفقت لتحديد الامتيازات وتحويلها وتطوير مفاهيمها بحيث صارت منسجمة كل الانسجام مع واقع الحياة العصرية . وقد حدث ذلك كله - الى حد بعيد - فى ظل نظام تطورى يسير سيرا وثييدا ومطردا ، ولم يكن للتورة الا أثر ضئيل فى مقدار ما أصاب المجتمع البريطانى من تقدم فى هذه الناحية . وكما وفق الانكليز للقضاء على الاقطاع ، وما واكبه من نظم القرون الوسطى ، ثم القضاء بعد ذلك على مبدأ التسبب الاقتصادى الذى كان يترك المجال للتشبت الفردى - وتعسفه أحيانا - فسيحا ، وتمكنت من ايجاد نظام اشتراكى رشيد فى بلادها يحقق كثيرا من مبادئ العدالة الاجتماعية ، ويؤمن الفرد الاعتيادى - الى حد بعيد - ضد الشيخوخة والعامة والعطالة والفقر ، فأنها من الناحية السياسية أيضا قد وفقت الى

(*) خلاصة المحاضرة التى كانت قد القيت فى الموسم الثقافى لنادى البعث العربى لسنة ١٩٥١ ، وقد نشرت فى العدد التاسع من مجلة البعث العربى ص (٧) .

حد بعيد ، فى تحويل الملكية المستبدة المطلقة الى ملكية دستورية
ديمقراطية لا مجال للاستبداد الفردى ، والنزوات الشخصية فيها •

على ان تتبع خطوات ذلك التطور التدريجى يقتضينا التوغل
فى دراسة تاريخية وقانونية وسياسية من العسير جدا ادراك احكام
قواعد الدستور البريطانى الحديث بسواها •

وكثيرا ما يقع الناظرون الى الدستور البريطانى فى أخطاء
جسيمة وذلك بسبب عدم المامهم بذلك التطور التاريخى ، وعدم
ادراكهم كنه تلك القواعد ومراميها ، وما واكبها من احداث وملابسات
على الوجه الصحيح • وقد يبلغ الخطأ أحيانا حد الضلال التام حينما
تقتبس بعض « الملكيات الحديثة » مصطلحات وقواعد الدستور
البريطانى اقتباسا سطحيا • ولعل أوسع مجالات الخطأ واطورها
هى اتخاذ امتيازات الملك أو التاج البريطانى أساسا لامتياز الملوك فى
تلك البلاد من دون تفريق بين « الحق القانونى النظرى المجرد »
و « العرف الدستورى الحى الفعال » اذ ان كثيرا من امتيازات التاج
المعترف بها من الناحية الشكلية والقانونية قد أصبحت بعرف فقهاء
الدستور البريطانى أنفسهم بحكم عدم ، واستحالت الى مجرد صيغ
نظرية ، واعتبارات تاريخية لا قيمة لها البتة فى واقع الحياة السياسية
العملية • وقد أشار الاستاذ « آيرون الكسندر » فى كتابه عن الدستور
البريطانى الى هذا المعنى حينما قال « اما صلات الوزراء بالملك ،
وبرئيسهم وبعضهم بعض ، وبالبرلمان ، وبأحزابهم لا يقررها القانون
مطلقا ، وانما يقررها العرف ، فالقانون يقضى ان يعين الملك وزراءه
ويقيلهم ، ويدعو البرلمان الى الانعقاد ، ويفضه ويؤجله ، أو يحله ،
ولكنكم اذا دوتم هذا القانون وجعلتم منه دستورا - كما حدث

مرارا فى عدة دول - فانكم تصورون الدستور البريطانى تصويرا خاطئا ومخالفا لما هو عليه فى الواقع ، وهذا التناقض هو سبب اكثر المتاعب فى غير الدولة البريطانية •

وقبل الاسهاب فى شرح امتيازات الملك يجدر بنا ان نشير ، فى هذا الصدد ، الى تمييز الانكليز بين مصطلحين هما « الملك » و « التاج » اذ لكل من الملك والتاج حقوق مستقلة تمارس بطريقة معينة • فالملك شخص طبيعى يمتلك عددا من الحقوق والسلطات بعضها نتيجة لامتيازاته الملكية ، وكثيرا منها منحها آياه قوانين مشرعة ، ومجموع تلك السلطات والامتيازات حينما ينظر اليها جملة ، تسمى « التاج » • وبعبارة اخرى ففى التاج تشخص الدولة ؛ وذلك لان القانون العمومى الانكليزى لا يعترف بالشخصية المعنوية للدولة ، ويستعيز عن ذلك بمصطلح « التاج » وهو بهذا ، على نقيض القانون الرومانى الذى ورثت نظرياته معظم الدول الاخرى ، والذى يعتبر الدولة شخصية معنوية مستقلة عن الافراد وعن رئيسها الاعلى • وللملك كشخص حق الملكية الخاصة ، ويتكلم الانكليز عن الملك حينما يقولون مثلا ان السلطة التشريعية تتكون من الملك والبرلمان ، ولكن الوزراء وموظفى الدولة هم خدام « التاج » وممثلوه •

وهكذا فقد عرف الاستاذ « دايسى » الامتيازات الملكية « بانها من الناحية التاريخية ، والواقع الفعلى ، ليست على ما يظهر الا ما تبقى من سلطات ارادية أو مطلقة تركت قانونا فى أى وقت من الاوقات بيد التاج • ولكن تلك السلطة المطلقة ، والواسعة من الناحية النظرية ، لا يستطيع الملك استعمالها ، حسبما أستقر عليه العرف الدستورى ، وهى فى كثير من الحالات قد استحالت الى وسائل فعالة بيد الوزراء ومجلس الوزراء

لتحقيق اغراض عامة ، وهى بذلك أبعد ما تكون اليوم - كما تبدو
لاول وهلة للناظر نظرة سطحية - عن الاستبداد التام وعدم المسؤولية •
فبالتطور التاريخي المستمر ، وباصطناع الحيلة الشرعية ، وبالركون
الى المصطلحات القانونية الدقيقة وتطوير مفاهيمها ، وبمحاولة ايجاد
التناسق بين القواعد المطلقة الصارمة ، والحياة العصرية المهذبة المرنة ،
استطاع المجتمع البريطانى ان يحقق أهدافه الاساسية فى القضاء على
الاستبداد ، والحق الآلهى الذى كان ملوك اوربا يزعمونه لانفسهم ،
واشاد البريطانيون بذلك قواعد النظام الديموقراطى الحر ، والملكية
الدستورية فى بلادهم •

على انه من الناحية النظرية لم تنزل الحكومة البريطانية هى
« حكومة جلالة الملك » الذى له اختيار رئيسها ، وتعيين وزرائها ، وله
الحق فى اقالتها • وان جميع موظفى الدولة هم خدامه الذين يأتمرون
بأمره ، ويستمترون بمراكزهم ما داموا حائزين على رضاه ، وانه
القائد الاعلى للقوات المحاربة ، والاسطول البريطانى أسطوله ، والقوة
الجوية الملكية قوته ، وهو ينبوع العدل ، المعصوم عن الخطأ ، وان
القضاة نوابه يحكمون بأسمه ، ويطبقون العدل بين الرعية بمشيئته ،
وهو حامى الكنيسة ، ورئيسها الاعلى • ثم انه ، من الناحية القانونية
الصرفة ، المالك الوحيد لعموم أرض المملكة ، وهو الذى يمنح
ألقاب الشرف ، وأوسمة الفخر ، ويعين السفراء ويقللهم ، ويعلن
الحرب ، أو يعقد الصلح ، وتضرب النقود بأسمه •

ولكن كون الحكومة حكومة جلالة الملك لا يعنى ان الملك
يحكم مباشرة ؟ اذ من المقرر فى الدستور البريطانى ان الملك « يسود

ولا يحكم « وانه لا يستطيع ان يعمل منفردا ، ولا بد ان يقترن أى عمل من اعماله بأعضاء احد وزرائه . وقد ابدع الانكليز باستعمال « الحيلة الشرعية » مفاهيم جديدة • لعصمة الملك ، وفسروا قاعدة الملك لا يخطئ ، والتي كانت بالنظر لاحكام القانون العمومى لا معنى أكثر من كون الحكومة لا تسأل عن الاضرار التى يحدثها الموظفون أثناء ممارستهم واجباتهم الرسمية ، وتجاوزهم حدود سلطاتهم ، وانما يسألون شخصا عنها ، لان الملك لم يطلب اليهم فى خدمته ان يعملوا الخطأ ؛ ان هذا المبدأ الذى قد صار فيما بعد من مبادئ القانون الدستورى الاساسية ، اقترن بمبدأ آخر يرافقه ، ويعتبر نتيجة حتمية له ، وهو ؛ حيث ان الملك انسان تتردد أعماله بين الخطأ والصواب ، ولانه اذا عمل شيئا فقد يقع فى الخطأ ، وحيث انه لا يخطئ ، فيجب للحيلولة بينه وبين الخطأ ، ان لا يعمل شيئا •

وكما أن الحكومة ، أى الوزارة التى فى الحكم ، حكومته فان المعارضة نظرا للعرف الدستورى معارضته ، ولانه على حد ما قال أحد كتاب العصر « ليس تعبير المعارضة الملكية تعبيرا تافها لان جلالته يحتاج الى معارضة قدر احتياجه الى حكومة » • ومعنى هذا القول ان على الملك الدستورى ان يرعى المعارضة بقدر ما يرعى الحكومة القائمة ، وليس له ان يتعصب ، أو يتحزب الى جهة دون اخرى ، أو أن يظهر ميلا سياسيا الى حزب دون آخر ، وعلى ذلك فليس له ان يعلى سياسة معينة بالذات ، وكل ما له النصح والتحذير ، ولكن ليس له ان يعمل شيئا مباشرة وبصورة مستقلة •

وقد كان من امتيازات الملك ان يختار شخص رئيس الوزراء ، ولكن العرف الدستورى يوجب عليه اليوم ان يختار رئيس الوزراء

من أحد المجلسين ، العموم أو اللوردات - بل عليه ان يستدعى رئيس
الحزب الذى كان معارضا وفاز بالاكثرية بنتيجة الانتخاب بالذات •
ويذهب بعض الباحثين فى الدستور البريطانى بان رئيس الوزراء
يجب ان يكون من مجلس العموم ، لا من مجلس اللوردات
ويستشهدون على ذلك بما فعله الملك جورج الخامس حينما استدعى
المستر « بولدوين » ولم يستدع اللورد « كيرزن » بعد استقالة
« مستر لو » سنة (١٩٢٢) •

اما اقالة الوزارة المتمتع بأكثرية برلمانية فلم يستعمل منذ سنة
(١٧٨٣) ، وان يكن الملك وليم الرابع سنة (١٨٣٤) قد استعمل ضغطا
شخصيا مما سبب استقالة رئيس وزرائه ، وكان بذلك موضع نقد
شديد • وقد حاولت الملكة فكتوريا مرة ان تتركّن الى
هذا الحق الذى لم يجروا ملك على استعماله لمخالفته للروح
الديموقراطية التى نمت وترعرعت تدريجيا خلال القرنين الثامن
عشر والتاسع عشر فى بريطانيا ، ولكن مستشاريها والمقرين اليها
حذروها مغبة ذلك العمل • وقد أصبح مستقرا بأن أقالة الوزارة
المتمتع بأكثرية برلمانية تعريض للملك فى الانهماك بمسائل سياسية
تبرر أنتقاده من فريق من الناس على أقل تقدير ، ومركزه يفرض
عليه ان يكون فوق الشبهات • واصبح من واجب الملك الدستورى
على حد ما قال الامير البرت زوج الملكة فكتوريا : « ان يساعد
بصراحة ، وشرف ، وبكل قوته أى وزارة مهما كان نوعها ، ما
دامت تملك الاكثرية وتحكم بحياذ لمصلحة القطر » • ثم « ان الملك
الذى يقيل الوزارة » على حد ما قال المستر اسكويث أحد رؤساء
الوزارات - « أو يستعمل الضغط فيجبرها على الاستقالة ، يجب

- اعتباره حليفا للحزب المعارض وبهذا الاعتبار يصبح معرضا للهجوم •
- للهجوم •

أما حق التاج في التدخل بشؤون الموظفين وعزلهم فقد انتهى أمدّه وأصبحت القوانين المشرعة هي التي تنظم حقوق الموظفين وواجباتهم ، وكانوا من قبل يعتبرون مفصولين بوفاء الملك ولا بد لهم للاستمرار في وظائفهم ان يعينوا مجددا من الملك الجديد • ولكن قانونا في مطلع هذا القرن جعل مراكز الموظفين ثابتة وغير مرتبطة بحياة الملك أو موته •

أما علاقة الملك بالسلطة القضائية فهي علاقة أدبية ليس الا • وفي الواقع فان القضاء الانكليزي مستقل كل الاستقلال عن السلطين التشريعية والتنفيذية ، بل انه مستقل عن الملك ذاته الذي يحكم انقضاء باسمه ونيابة عنه • وعلى الرغم من ان المحاكم لا تسلك مقاضاة الملك أو مساءلته مدنيا أو جزائيا ، وذلك تطبيقا للمبدأ الاقطاعي القديم الذي لا يجوز ان يحاكم اللورد بمحكمته ، ومن قبل قضائه ، ومع ذلك فان الدستور البريطاني لا يجعل الملك فوق القانون ومبدأ « حكم القانون » يعني فيما يعني أن القانون يسرى على الجميع ، وذلك لان القانون أعلى ميراث يملكه الملك ؟ لانه وجميع رعاياه يحكمون بالقانون ، واذا لم يكن قانون فلا ملك ولا وراثته •

ومن قواعد القانون العمومي المستقرة ان ليس للملك ، وعلى الرغم من كونه ينبوع العدل الذي تسيل العدالة من ضميره ، ان يجلس للنظر في قضايا الافراد ، وعليه ان ينيط ذلك برجال مخلصين مختصين •

وعلى الرغم من اعتبار الملك الرئيس الاعلى للكنيسة
« الانكليكانية » فانه من المسلم به ، ان عليه - على حد ما نص عليه في
يمين التويج - ان يحفظ القوانين الالهية والايان الصحيح بالعقيدة
البروتستانتية المعدلة والمقررة بالقانون ، وان يحتفظ باستقرار كنيسة
انكلترة ، وما تقوم عليه من عقيدة ونظام حكم حسبما أقرته القوانين •
ومن امتيازات الملك انه جزء متم للسلطة التشريعية ، وان أى
قانون لا يعتبر نافذا الا بعد تصديقه ، ولكن صار مقرا منذ عهد
الملكة (آن) انه لا يملك عدم المصادقة على قانون شرعه البرلمان •
وان السلطة التشريعية ذات السلطة الحقيقية اليوم هو مجلس العموم •
ومنذ تشريع قانون سنة ١٩١١ فقد مجلس اللوردات كثيرا من
سلطاته التشريعية ، واستقرت تلك السلطات بيد ممثلى الامة •

والنظرية الدستورية البريطانية وان كانت تعترف بحق الملك فى حل
البرلمان ، ولكن العرف الدستورى قد استقر على ان الملك لا يملك
حل البرلمان الا بناء على مشورة رئيس وزرائه ، وانه لا يملك عمليا
رفض طلب الحل اذا تقدم به رئيس الوزراء على رأى بعض الباحثين
فى الدستور البريطانى •

وحتى منح ألقاب الشرف التى هى من امتيازات الملك الخاصة ،
فأنه يستعملها بناء على توصية وزرائه • ولقد صار هذا الامتياز وسيلة فعالة
بيد أى حكومة تملك أكثرية فى مجلس العموم ، ولا تملك أكثرية
فى مجلس اللوردات • اذ يقرر العرف الدستورى البريطانى بأنه من
واجب الملك ان يمنح ألقاب الشرف للأشخاص الذين يسميهم
رئيس الوزراء بالعدد الكافى للتغلب على أى أكثرية معارضة لسياسة

الحكومة فى المجلس الاعلى • وبهذا التقليد ضمنت حكومات العمال ،
وبعض حكومات الاحرار فيما مضى ، السيطرة على مجلس اللوردات
المتكون فى أغلب الاحيان من أكثرية ساحقة من المحافظين •

ونستطيع ان نؤكد بأن جميع امتيازات الملك وحقوقه تستعمل
اليوم بناء على مشورة وزرائه ، وبتوجيههم • بل ان راتبه وراتب
القوى العسكرية التى يحتفظ بها فى داخل البلاد ، يجب ان تقرر
سنويا ويوافق عليها مجلس العموم وفى ذلك ضمان لمنع الاستبداد •

ولعل أبرز نقطة فى الدستور البريطانى الحديث اقراره لمبدأ
هو على غاية من الاهمية والخطورة ومؤداه ان (ليس للملك حياة
شخصية خاصة مستقلة عن حياته العامة) ، وبعبارة أخرى ، لا يستطيع
صاحب التاج فى بريطانيا اليوم ان يدعى بأن من حقه ان يسلك فى
حياته الشخصية الطريقة التى يراها بغض النظر عن الاعتبارات العامة
وشعور الناس ورأى رئيس الوزراء ، والحكومة القائمة •

ولقد تجلت هذه القاعدة فى الخلاف الشديد الذى حدث قبيل
الحرب العامة الثانية بين المستر (بولدوين) والملك (ادورد الثامن) الذى
أراد ان يتزوج من سيدة مطلقة هى المسز « سمبسن » • ولعل من الطريف
ان نقبس ما سطره الملك ادورد الثامن نفسه عن هذه القضية فى
مذكراته الخاصة ، وعن كيفية عرض رئيس الوزراء لها •

قال المستر بولدوين « أنه يجب ان يأتى اليك من يحذرك ؛
وشعرت ان هناك شخصا واحدا يستطيع ان يكلمك ويحدثك ، وهذا
الشخص هو أنا رئيس الوزراء ، وهذا هو واجبي نحو بلادى ونحوك ،
واستطيع ان أقول لك ان مستشار التاج لا يستطيع ان يخدمك ما لم
يقبل لك من وقت لآخر الحقيقة كما يراها ، سواء أكانت حلوة أو

يحفظ وحدة الامة ، رغم انقسام الاحزاب واختلاف السياسات •
ولعل الفقرات التالية المقتبسة من مذكرات الدوق (وندسور)
تمثل وضع الملك الدستوري الحديث أحسن تمثيل •
« ... ولاشك ان هناك عددا من أصحاب النفوذ على استعداد
للموقف بجانبى اذا دعوتهم الى ذلك •

« ولا شك فى ان هناك مجموعة من أفراد الشعب قد قررت أن
تقف بجانب الملك ضد رئيس وزرائه • ولو اتى التجأت الى شعبى
وأصدرت نداء للرأى العام ، لالتفت غالبية الشعب حولى ، ولكنى
كنت أريد ان اكون ملك أمة بأجمعها ، لا ملك غالبية الشعب • ولو
انى أصررت على الوقوف فى وجه وزرائى لانتصرت • لقد كان الناتج
دائما هو الدليل الحى على وحدة شعوب الامبراطورية ، ولكن هذا
الناتج ما كان يومئذ بالوحدة على رأس رجل قسم الشعب الى غالبية
واقلبية • »

البيئة وأثرها على الفقه والفقهاء*

تمهيد :

لعل اختيار عنوان مناسب لمحاضرة عامة ، تلقى في ندوة مثقفة ، يوشك ان يكون نصف الجهد المطلوب بذله في اعدادها • ولقد يخيل الى اننى لم أكن موفقا كل التوفيق في اختيار هذا العنوان الذى اخترته على عجل حينما ألحفت على بعض الزملاء فى المساهمة فى الموسم الثقافى الذى أعدته مشكورة دار المعلمين العالية فى هذا العام الدراسى •

ويبدو أننى كنت أخضع لمؤثرات عديدة - ليست البيئة الزمانية والمكانية والاحوال العامة ، والظروف الخاصة الا بعضها - فى اختيار هذا الموضوع الذى يتسم بالشمول والغموض فى آن واحد • ولا بد لى من تحديد مداه ، فى مطلع هذا البحث ، وتوضيحه لتستين معالم الطريق ، ويصبح مناسباً لبحث يلقى فى ساعة ، أو بعض ساعة • وفى الحق فقد كانت تمر على أثناء دراستى ، وتدرسى لمادة (أصول القانون) صور شتى من النظم القانونية قديمها وحديثها ، وآراء وافكار ونظريات لفقهاء كبار من القدامى والمحدثين كنت أقف حياها متأملاً محاولاً أستكناه العوامل الخفية الفعالة فى تكوينها ،

* القيت هذه المحاضرة فى دار المعلمين العالية بتاريخ ١٩٥٨-٥٧ وكانت الحلقة الاخيرة من سلسلة محاضرات الموسم الثقافى الذى اقامته الدار فى هذا العام الدراسى •

وكنت أحس ، آخر الامر ، ان البيئة - بالمعنى الواسع الذى سأوضحه - كانت العامل الفعال الاول فى تكوينها •

وقد يكون لزاما علىّ قبل هذا وذاك ان أعلن أنني ، على الرغم من هذا ، لست من البيئيين ، أو الذى يؤمنون بالبيئة أو كما يسمى "Environmentalism" بالمعنى المستقر لهذا المذهب الاجتماعى والاقتصادى • (أنظر دائرة معارف العلوم الاجتماعية فى تحديد هذا المصطلح) وجل ما أهدف اليه فى هذه المحاضرة العامة عرض بعض الصور الطريفة ، وضرب بعض الامثلة الموضحة التى تبين آثار البيئة بصورة جلية • دون التقيد بمنهج من المناهج ، والتزام مذهب من المذهب على وجه التخصيص •

وقد يكون من الافضل ان أحدد بشئ من الدقة ، أهم مصطلحين وردا فى العنوان ؛ واعنى بهما ؛ « البيئة » ، و « الفقه » •

فأما « البيئة » فأريد بها ، فى هذا الصدد مجموع المؤثرات المادية والادبية التى تحيط بالفرد والجماعة سواء أكانت تلك المؤثرات طبيعية أم اقليمية ، وسواء أكانت اجتماعية ، بأوسع ما فى الاجتماع من معان ؛ بحيث تشمل المؤثرات الدينية والاقتصادية والسياسية والثقافية ، وعلى العموم كل المقومات الحضارية التى لها أثرها فى سلوك الافراد والجماعات ، أم كانت من نتاج المؤثرات الضيقة كالبيت والاسرة • وبعبارة اوضح فأن لفظ « البيئة » قد أستعمل هنا بالمعنى الأكثر شمولاً ، لا بالمعنى الاخص الذى يستعمل احيانا عند رجال التربية بوصفه معارضا للوراثة •

أما « الفقه » فأقصد به « علم القانون » بصورة عامة ، أو ما يقابل كلمة Jurisprudence التى قد تترجم احيانا بفلسفة القانون ، أو

حكمة التشريع ، أو النظرية القانونية ، أو كما شاعت اخيرا في مصر والعراق وكثير من البلاد العربية ، « أصول القانون » • وجلى من هذا أننا نستعمل هذا المصطلح بصورة أوسع مما تعارفنا عليه في دراساتنا الاسلامية التي تعرفه ، على حد ما نصت عليه المادة الاولى من مجلة الاحكام العدلية (علم بالمسائل الشرعية العملية) • وبعبارة اوضح فأنتى استعمل لفظ « الفقه » هنا بمعنى الكيان القانونى ، لاي أمة من الامم ، او شعب من الشعوب • وهذا المعنى اكثر شمولاً من المعنى الذى اصطلحنا عليه فى لغتنا القانونية المتعارف عليها اليوم أيضا •

وقد يكون من المفيد ان ابين فى مطلع هذه المحاضرة أيضا ، اننى لا أريد بهذا الموضوع شرح المذهب التاريخى أو الاجتماعى فى القانون ، كما وضعه ، وبلور قواعده ، الفقيه الالماني (فون سافيني) لان هذا المذهب كما هو معلوم لدارسى القانون يجعل « فقه كل امة أو قانونها ، لا شىء غير التعبير عما وقر فى ضمير شعبها كما تكشف عنه فى سلوكها واعرافها ، وهو مظهر من مظاهر حياتها الاجتماعية واثار من آثار بيئتها ، وانه لكائن حى ينمو بأطراد غير منظور ، وهو كاللغة وككل المقومات الحية لاي شعب من الشعوب » • انما الذى أقصد اليه فى هذه المحاضرة هو توضيح البيئة حتى فى أفكار اولئك الذين لا يفسرون القانون على هذا الشكل الاجتماعى ، بل وحتى فى أفكار اولئك الذين يزعمون أنهم غير خاضعين لمؤثرات بيئتهم فيهم أو يظهرون وكأنهم خارجون على سلطانها • فقد وجد بالاستقراء ان الفقهاء والمفكرين عموما ، يخضعون ، من حيث يدرون أو لا يدرون الى هذا السلطان الجبار (البيئة) ، وقد عبر عنه هذا المعنى تعبيراً

دقيقا الفيلسوف الالماني هيكل حين قال :

Es Kann niemand seine Zeit überspringem. der Geist seiner Zeit ist auch Sein Geist.

« ليس في مقدور أحد الناس ان يتخطى زمانه ؛ ذلك لان روح عصره هي روحه ايضا » .

I

لقد شاعت في فرنسا في القرنين السابع عشر والثامن عشر بصورة خاصة فكرة القانون الطبيعي ؛ وقد تجلت في أفكار فقهاءها ونظريات اقتصاديها ، كما عبر عنها أدباؤها تعبيرات رائعة في الشعر والنثر والقصص وكل فنون الادب الاخرى . وللمرء أن يتساءل عن علة هذا الاتجاه الموغل في الخيال ، والمستمسك بالمثالية المطلقة الى اقصى حدود الاستمساك . ولا شك ان للبيئة السياسية - بالاضافة الى النزعة التخيلية (الرومانيسكية) التي تتسم بها العقلية الفرنسية - أعظم الاثر في الجناح الى هذا الاتجاه . فقد كانت فرنسا من أسبق دول القارة الاوربية يقظة وأخذاً بوسائل الانبعاث ، ولكن نظمها السياسية والقانونية لم تعد متناسقة مع البيئة الحرة الطامحة بالتجديد ، فلم يجد فقهاؤها وأدباؤها ومفكروها عموماً ملجأ يلوذون به أرحب من كنف القانون الطبيعي ، ولا دعوة أحب من الدعوة للعودة الى أمنا الطبيعية ، اذ هي المستنفس الذي يجدون في آفاقها الطليقة مجالات حرة يهرعون اليها ، ويهربون من واقعهم الضيق الذي يجدونه معيها في اكثر من ناحية واحدة من نواحيه . فالقانون الذي يضعه الملك المستبد ، ويحكم فيه القاضى الخانع لنفوذ الملكية المستحوذة ، وتركز اليه الحكومة الاوليكاركية في تحقيق ما ربها ، ليس هو القانون الذي يتعشقه هؤلاء الاحرار من قادة الفكر ودعاة الاصلاح . فلا شيء اذا

غير الطبيعية ، ولا قانون أفضل من القانون الطبيعي الخالد السرمدي هو الذى يجب ان يكون المثل المحتذى ، والمثال الذى ينسج على غراره • وهكذا صار هؤلاء المفكرون يعيشون فى بيئة طوبائية خاصة فرضتها عليهم هذه البيئة الضيقة وقسرتهم للخروج من نطاقها والتحرر من قيودها •

فنظرية العقد الاجتماعى « Contrat Sociale » لجان جاك روسو « وأفكار الفيزوقراط من الاقتصاديين وأصحاب مذهب Laissez Faire laissez passer « دعه يعمل ودعه يسير » وشعر فولتير ، تصدر فى الحقيقة كلها عن معين واحد ، وهى فى الامد البعيد نتائج هذه البيئة الضيقة • أو ان شئت الدقة فى التعبير ، هى الرجح الطبيعى للاوضاع القائمة فى فرنسا حين ذاك •

II

وكأثر من آثار البيئة الضيقة التى وصفنا قبل قليل شاعت فى فرنسا فى هذه الفترة وبعدها نزعة خاصة مآلها (الشك فى القضاء) وقد تجلت هذه النزعة الشكاكة فى تشريعات الثورة الفرنسية التى وضعت قيودا كثيرة على القضاء ، حتى ان القوانين العقابية كانت ذات حدين ادنى واعلى بحيث لا يترك القاضى حرا فى تقدير العقوبة المناسبة لجسامة الجرم المرتكب ، بل كان بمثابة الآلة الميكانيكية التى تؤدى مفعولها بأقل ما يكون من حرية واختيار • وقد أشاعت الثورة الفرنسية مبادئ قانونية أصبحت فيما بعد بمثابة القواعد الاساسية التى قبلتها معظم دساتير العالم على اعتبار انها ضوابط فعالة فى صيانة حقوق الافراد وتمكينهم من الاستمتاع بحرياتهم دونما خوف من تعسف القضاء أو ظلمهم ، ومن ذلك « قاعدة ان لا عقوبة ولا جريمة

الابقانون ، • وكثير من القواعد التى احتواها • بيان حقوق الانسان والمواطن ، تصدر فى الواقع عن هذه النزعة الخاصة القائمة على الشك بالقضاء ، والتعريض الضمنى بنزاهته •

وقد حسب كثير من الذين استهوتهم تلك القواعد انها قواعد خالدة تصلح لكل زمان وكل مكان ، فهى خلاصة ما توصل اليه العقل البشرى فى صيانة حقوق الافراد والمحافظة على حرياتهم • ولكنها فى واقع الحال لم تكن الا بعض نتاج البيئة والظروف الخاصة التى مرت بفرنسا فى حقبة مديدة من الزمن • بل ان بعضها لا يمكن - عند النظر فيها بدقة ، وتحليلها تحليلًا منطقيًا سليما - ان تعد عادلة أو منطقية على أقل تقدير • ولكن الظروف الخاصة ، وما واكب إعلان تلك المبادئ من احوال سياسية ، واجواء اجتماعية ، قد أضفى عليها تلك الحلة الجذابة ، ورفعها الى المقام السامى الذى توشك أن تستقر فيه •

III

على أننا حين نتجه بنظرنا الى القانون الانكليزى نجده ، على النقيض من القانون الفرنسى قد سلك فى هذا الشأن مسلكا آخر ، ووضع قواعد تعد معارضة من حيث الاساس ، لتلك التى انتهجتها البيئة الفرنسية ، وعلة ذلك الاختلاف البين بين البيئة السياسية والاجتماعية فى انكلترا وفرنسا • وفى انكلترا كان القضاء - ولم يزل يملك ، من الناحية النظرية على الاقل ، ان يعاقب بمقوبة الجنحة "Misdemeanour" على كل جرم يرتكب فى البلاد ، ويكون مسيئا لاحد الافراد ، أو هيئة أفراد • أى انه يحدث اذى أو ظلما

ظاهرا • ومعنى هذا ان القاضى يعاقب المذنب عن كل جرم يرتكبه حتى وان افتر الى نص قانونى أو سابقة قضائية مستقرة • وهذا يعارض كل المعارضة مبدأ « ان لا جريمة ولا عقوبة الا بقانون » • وعلّة الخلاف الاساسية بين النظامين ان النظام القانونى الانكليزى ، لاسباب تاريخية - سأسير الى بعضها - يودع ثقة كبيرة بالقضاء بحيث يخوله معاقبة المجرم • ولا شك ان قواعد العدالة المطلقة غير المقيدة بالشكليات ، ولا المحددة بنطاق الزمان والمكان ، تفرض مثل هذه المقاصة •

ومن الجدير بالملاحظة ان الشريعة الاسلامية تقف مثل هذا الموقف ، فتتيح للقاضى ان يعاقب « بالتعزير » كل شخص ارتكب جرما لا يرقى الى نطاق الحدود أو القصاص • بمعنى ان القاضى المسلم ينظر الى الجريمة ويضع ما يعادلها من عقوبة مناسبة مع الجرم المرتكب آخذا بنظر الاعتبار مقدار الضرر العام او الخاص الناجم عن تلك الجريمة ، وملاحظا الحد الذى يكفى لاصلاح المجرم عند فرض التعزير المناسب •

وبعبارة اوضح ؟ فأن للقاضى فى الشريعة الاسلامية ، على حد ما يقول الدكتور عبدالعزيز عامر فى كتاب « التعزير فى الشريعة الاسلامية » أن يختار للمجرم العقوبة أو العقوبات المناسبة من بين العقوبات التعزيرية ؛ وسلطته فى ذلك واسعة ؛ فله فى اختيار العقوبة ان يدخل فى الاعتبار ظروف المتهم وشخصيته وسوابقه ودرجة تأثره بالعقوبة كما له ان يدخل فى الاعتبار ظروف الجريمة واثرها فى المجتمع وله أن يحكم بعقوبة واحدة أو أن يحكم بأكثر من عقوبة ، وله أن يختار من بين حدى العقوبة ما يراه مناسبا للمجرم الذى ارتكب ، وللمجرم

نفسه ، وله فضلا عن ذلك ان يشمل حكمه بالنفاذ ، أو ان يوقف تنفيذ العقوبة (١) .

وعلة الخلاف بين موقف القانون الفرنسي والقانون البريطاني في هذه القضية الخلاف الشديد بين مركز القضاء في هاتين الشريعتين فقد صار قضاء الانكليز يشعرون منذ اقدم الازمان أنهم حماة الفرد من تعسف السلطة وجورها ، وانهم ملزمون بتطبيق حكم القانون العرفي القديم الذى لا يعرف أحد كيف نشأ ، على جميع الافراد بلا تمايز او استثناء . بل ان الملك ، وهو رئيس الدولة الاعلى خاضع لحكم هذا القانون خضوعه لاحكام الله كما كان القاضى (بركتون) يقرر منذ اقدم القرون .

وقد توضح هاتان الحادثنان هذا المبدأ توضيحا حسنا . أصدرت محكمة منصة الملك (Kings Bench) فى عهد الملك ادورد الثالث عام ١٣٣٩ قرارا بأعتبار أحد النبلاء خارجا عن القانون ، بعد ان حكمت عليه بأنه رفع يد بعض الاشخاص عن الارض بالقوة ، ووجهت أمرها بذلك الى الموظف المحلى ، (Sheriff) وقد أرجع هذا الموظف الامر الى المحكمة دون تنفيذ لانه كان قد تسلم كتابا من الملك موقعا بتوقيعه الخاص يعفى النبيل المذكور من أى دعوى بالضرر بسبب الفعل المرتكب من قبله . فلم تعبأ المحكمة بهذا الجواب ؛ فحكمت اولا بتغريم الموظف (الشريف) لعدم تنفيذ اوامرها ، واصدرت قرارا جديدا قالت فيه ان مجرد الكتاب الخاص الموقع من الملك لا يعفى المدعى عليه من مسئوليته واعادت اصدار القرار بكونه خارجا على القانون ، لعدم انصياعه لاوامر المحكمة .

(١) أنظر ص ٥٠ من الكتاب المشار اليه .

أما المثال الثاني فقد حدث عام (١٦١٢) فى عهد الملك جيمز الاول ، حين دعا الملك جميع قضاة المملكة فى صبيحة أحد أيام الاحد ، وكان ذلك بحضور رئيس الاساقفة الذى بذل جهده فى اقناع القضاة بأن الملك يملك ، يحكم القانون ، وحسب اوامر الكتاب المقدس ، ان ينتزع من المحاكم القضائية بعض القضايا وينظرها بنفسه ، أو يحيل النظر فيها على من يشاء من خاصته ؛ ولكن « كوك » وقد تولى الاجابة عن القضاة قال : (ان الملك بشخصه لا يستطيع حسب قوانين انكلترا ، ان ينظر فى أى قضية ؛ فالقضايا جميعا المدنية والعقابية على السواء يجب ان تنظر فيها المحاكم القضائية حسب أحكام قانون وأعراف المملكة) فأجاب الملك • (ولكنى كنت أحسب ان القانون قد بنى على العقل ؛ وانى أنا ، وآخرون غيرى لنا عقل كالقضاة) • فرد عليه « كوك » : (حقا انه كذلك ، فان الله قد جبا جلالتهكم بعلم فائق ، ومنح طبيعة عظيمته ، ولكن جلالتهكم لم تدرسوا قوانين انكلترا وان القضايا التى تخص حياة رعاياك وميراثهم ، وممتلكاتهم ، وثرواتهم ، لا يمكن ان يُبت فيها على أساس من المنطق الطبيعى • بل لابد من معلومات كسبية ، وحكم القانون ؛ اذ القانون فن لابد لتمام معرفته من دراسة مستفيضة ، وتجربة طويلة •

لقد خسر « كوك » منصبه كرئيس للقضاة بهذا الجواب الحاد الصريح ، اذ طرده الملك هو وبقية زملائه الذين اقروه على رأيه • ولكنه اغنى النظام القانونى البريطانى غناء كبيرا ، وخلف للقضاء تراثا رائعا ، وجعل من هذه السلطة سلطة مستقلة بكل ما يعنيه الاستقلال من معان • وقد أفاض العميد باوند فى شرح أثر هذا

الموقف وغيره من المواقف التي وقفها القضاء الانكليزي في الفصل الثالث من كتابه المنور The spirit of the Common Law بروح القانون الانكليزي ، ويخرجنا الافاضة فيه عن طبيعة هذه المحاضرة العامة ، كما افاض الاستاذ « دايى » فى شرح أهمية هذا المبدأ فى تحقيق ما صار يسمى فى انكلترة بمبدأ « حكم القانون » (The rule of law) فى كتابه المعنون قانون الدستور The law of the Constitution ومؤدى هذا المبدأ خضوع الناس جميعا لحكم القانون بما فى ذلك الملك الذى يخضع لحكم الله والقانون .

وقد حاول « كوك » ان يجعل من القضاة رقباء حتى على السلطة التشريعية ؛ فكان يرى ان كل قانون يشرعه البرلمان ضد الحقوق والحكمة التى يقرها القانون العمومى يتحتم على قضاة القانون العمومى ان يحدودوها وان يحكموا بطلانها . وقد انتقلت هذه الفكرة الى امريكا حين تقرر ان للمحكمة الاتحادية الامريكية العليا الحق فى إعلان بطلان أى قانون يعارض الحريات الاساسية ، وضمانات الافراد ، التى صانها الدستور . اما فى بريطانيا فقد تقرر مبدأ سيادة « البرلمان » بحيث لا يملك القضاء التدخل فى تشريعاته الى الحد الذى كان يريد هذا القاضى الجريء .

وجلى من هذا ان البيئة القانونية والسياسية التى كانت سائدة فى بريطانيا ، والمثابرة بالقواعد السكسونية ذات الاصول الجرمانية التى ما كانت تعطى للملك ، (وهو الرئيس الاقطاعى الاعلى) ولا لاي رئيس اقطاعى آخر ، سلطات مطلقة ، بل انها تفرض وجائب متبادلة بين الراعى والرعية ، تختلف اختلافا بينا عن البيئة الفرنسية المثابرة بالقواعد الرومانية التى كانت تعطى للملك سلطات مطلقة ،

وتقرر على حد ما كانت المادة السادسة من الكتاب الاول من نظم
جستيان تنص :

Sed a quod principa placuit legis habit Vigorem.

« ان كل ما يسر الامبراطور له قوة القانون » •

IV

على اننا اذ يمحنا وجوهنا شطر العالم الحديث ، تطالعنا أفكار
ونظريات قانونية فيها كثير من نواحي الطرافة والابداع • ولكننا
اذا حاولنا ان نتحرى الاسباب الحقيقية لظهورها وجدنا البيئة - بالمعنى
الواسع الذى أشرنا اليه فى مطلع هذه المحاضرة - كانت العامل
الفعال الاول فى ظهورها ، ومن أكثر هذه الافكار مبروزا النظرية
الواقعية أو الحركة الواقعية فى تحديد طبيعة القانون
"The realist theory" ومؤدى هذه النظرية ان القانون ليس هو القانون
الخالد الذى توحى به مثل الطبيعة ، وليس هو ما استقر فى ضمير
الشعب ، كما تكشف عنه أعرافه وتقاليده ، وليس هو الاوامر
والنواهي الصادرة عن السلطان والمقترنة بعقاب ؛ بل انه فى الحقيقة
وواقع الحال ، ما استقر فى اذهان القضاة كما تكشف عنه مقرراتهم
عند النظر فى القضايا الفعلية المعروضة عليهم ، أو هو على حد ما يقول
الاستاذ Gray مؤلف كتاب طبيعة القانون ومصادره
The Nature & Sources of the law وأحد أقطاب هذه الحركة « ان
قانون دولة أو أى هيئة منظمة ليس بالمثالى وانما هو شئ واقع فعلا ، وهو
لا يسير جنبا الى جنب مع الدين أو الطبيعة أو الاخلاق ، وليس هو
بالشئ الذى يجب ان يكون ، بل هو الامر الكائن فعلا » وبعد بحث

طويل توصل هذا الاستاذ الفاضل الى أن القانون - بعد ان علق على قول أحد الكتاب وأضاف عبارة اليه - هو :

« ان الذى يملك السلطة المطلقة فى تفسير أى قانون مكتوب أو منطوق به ، هو فى الواقع مشرع القانون لكل الغايات والاغراض ، وليس هو بالشخص الذى كان قد كتب القوانين أو نطق بها اولا » .
ويكون من باب اولى على حد ما يقول « كرى » « ان الذى يملك سلطة مطلقة ، ليس فى تفسير القانون فحسب ، بل فى تقدير ما هو القانون ، هو المشرع الحقيقى » .

ولقد شايح هذا الرأى عدد كبير من اساتذة القانون ، ورجال القضاء فى أمريكا ؛ منهم القاضى الكبير « هولمز » ومنهم القاضى المعاصر وعضو المحكمة الاتحادية العليا « وليم أو دو كلاس »
W. O. Douglas

ولقد صور الاستاذ فرانك هذه النظرية تصويرا طريفا فى كتابه "Law and the modern mind" « القانون والعقل الحديث » . وضرب امثلة عملية عن مجهولية حكم القانون وتباينه الى ان يأخذ شكله النهائى بقرار تصدره المحكمة الاتحادية العليا ، وعلى هذا يعرف القانون بالتعريف التالى : (القانون بالنسبة لأى رجل اعتيادى ، وبالنظر لأى مجموعة من وقائع معينة ، هو قرار المحكمة بقدر ما لذلك القرار من مساس بذلك الشخص المعين) .

ونحن اذا حاولنا استكناه العلل التى حملت بعض الامريكيين على هذا الرأى المتطرف جاز لنا ارجاعها الى عوامل عديدة لعل أهمها ما يلى : اولا ، أثر القانون العمومى البريطانى فى تكوين القانون

الامريكى فى مرحلته الاولى خاصة • فمن المعلوم ان الآباء المنشئين الذين هاجروا الى القارة الامريكية كانوا يحملون معهم الى العالم الجديد مخلفات شتى لعل أكثرها خلودا الديانة المسيحية ، واللغة الانكليزية ، والقانون العمومى البريطانى • ومن المعلوم ان القانون العمومى البريطانى هو قانون من صنع القضاة ، هذا وان لم يعترف القضاة بهذه الحقيقة ، وان التكوين القانونى البريطانى يمنح القضاء منزلة سامية بحيث صار القضاء يعتبر الضامن الاكيد لسيادة القانون وحكمه • وقد نمت هذه الفكرة بصورة طليقة فى البيئة الجديدة بحيث اقر الامريكيون للقضاء بما كان يدعو اليه « كوك » الذى لم يوفق لحمل بني قومه على التسليم بدعوته هذه فى اعتبار مبادئ القانون العمومى فوق المشرع مقاما ، كما أشرنا الى هذا من قبل • ولكن الامريكيين تقبلوا هذه الفكرة على وجه من الوجوه • ثانيا : أن نظام الحكم فى الولايات المتحدة الامريكية ، يتعدد فيه المشرعون ، بتعدد الولايات ، مضافا الى ذلك المشرع المركزى (الكونجرس) • فلا بد أن تختلف تشاريع الولايات بعضها عن بعض • كما قد تتعارض تشريعات الولايات من جهة مع بعض تشريعات المشرع المركزى فى حكومة الاتحاد • وهذا الوضع يحمل الفرد الأمريكى الاعتىادى على التشكيك فى القانون ، أو انه ، على أحسن احتمال ، يجعله أمرا مجهولا ، غير واضح الحدود • وبالنظر الى نظام التقاضى وجوازرفع القضايا فى النهاية الى المحكمة الاتحادية العليا لا يستقر مفهوم القانون الا عند صدور قرار من قبل المحكمة الاتحادية العليا التى منحها الدستور الحق بأن تقرر بأن أى قانون من القوانين المشرعة فى الولايات المكونة للاتحاد هل هو قانون ملزم ، أو انه مجرد قصاصة ورق لتعارضه مع دستور

الاتحاد • وهذا بطبيعة الحال يساعد على شيوع الرأى القائل بأن القانون فى الامد النهائى هو ما يقرره بضعة اشخاص من قدامى الرجال الذين يكونون الاكثرية فى المحكمة الاتحادية العليا المكونة من تسعة قضاة بما فى ذلك رئيسهم • ثالثا : ان النزعة العملية التى تطبع العقل الأمريكى بطابعها ، وتسم الحياة الأمريكية بميسمها تميل الى هذا التفكير الذى يتجه آخر الامر الى الجهة التى يبدو أنها فعالة فى تحديد المفاهيم القانونية • وعلى ذلك شاع هذا الرأى القائل بأن المشرع الحقيقى هو السلطة القضائية • رابعا : ولعل للصراع القائم بين بعض ولايات الاتحاد من جهة وحكومة الاتحاد المركزية من جهة أخرى ، وحرص بعض تلك الولايات على سلطاتها ، وخشيتها من استحواذ دولة الاتحاد على بعض ما هو داخل فى اختصاصها ، جعل العقل الأمريكى يميل الى اسباغ مركز خاص على محكمة الاتحاد العليا بحيث تظهر - لاغراض كثيرة - وكأنها المعبرة عن سيادة الامة الأمريكية وهى لذلك المصدر الواقعى للتشريع •

وجلى من هذا ان الخلاف الشديد بين البيئة السياسية والاجتماعية فى الولايات المتحدة الأمريكية من جهة وبيئة الدول الأوروبية من جهة أخرى كان العامل الاساسى فى حمل الأمريكين على ابتداع هذه النظرية •

— V —

لنحاول الآن التحرى عن أثر البيئة فى فقهننا الاسلامى ولننظر بتأمل فى الجمل التالية المقتبسة من أحد كتب الفقه :

« قلت : أرأيت الرجل يقول دارى هذه صدقة موقوفة لله أبدا

على أن سكنها لفلان ما عاش ، فان هلك فلان فسكنها لفلان ثم هي على الفقراء والمساكين •

قال : الوقوف على هذا صحيح جائز وهو على ما اشترط •
قلت : أرأيت مرمة هذه الدار واصلاحها فيما لا بد منه على من هو ؟

قال : هو على الذي بدأ به ما كان حيا •
قلت : ولم قلت ذلك ؟

قال : الا ترى انه لو اوصى بغلة نخل كان على الموصى له بغلته سقي النخل وما لا بد منه من العمارة ، وكذلك هذا عليه من المرممة ما لا تستغني الدار عنه وهذا والباب الاول سواء • وعليه من ذلك ما يمنع الدار من التغير عن حالها التي أوقفت عليه وليست عليه الزيادة •
قلت : أرأيت ان عجز فلان الاول ، على من مرمة هذه الدار فيما لا بد لها منه ؟

قال : على الذي جعل له سكنها بعد الاول ، وعليه في ذلك ما على الاول ، على ما وضحت لك •

قلت : أرأيت رجلا قال هذه أرضي صدقة موقوفة على ان سكنها لفلان ما عاش ، وعلى ان على فلان مؤنتها واصلاحها فيما لا بد منه ما دام ساكنها •

قال : الوقف على هذا صحيح جائز وهو على ما قال وعلى الذي له سكنها مرمتها واصلاحها فيما لا بد منه •

قلت : ولم قلت ذلك ولا ترى ذلك بمنزله الاجارة ؟

قال : ليس هذا بمنزلة الاجارة ؟ الا ترى انه لو لم يشترط ان المرمة عليه كانت المرمة عليه لان السكنى له ، وكل من كان له السكنى فعليه المرمة وكذلك اذا ما اشترط المرمة على من له السكنى فالوقف على ذلك جائز . وكل امر يكون عليه بغير شرط فليس يفسد الشرط عليه شيئا من ذلك .

قلت : رأيت رجلا قال دارى هذه صدقة موقوفة ابدى على ان سكنها لفلان ما عاش فاحتاجت الى المرمة وفلان حي فأبى ان يرمها وقال ليس عندى ما ارمها به ؟

قال : تؤجر هذه الدار من آخر بقدر ما ينفق عليها فى مرمتها حتى يستغنى عن المرمة فإذا صلحت دفعت الى الذى جعلت له السكنى ماعاش ، وكلما احتاجت هذه الدار الى المرمة وابى الذى له السكنى ان يرمها ، ولم يكن عنده ما يرمت به أو جرت لمرمتها كما وصفت لك وهذا استحسان وليس بقياس . «

وهكذا يستمر هذا الفقيه فى معالجة اباحت الوقف المختلفة على هذا الطراز من الحوار والنقاش الذى يتجلى فيه التحليل المنطقى ، والتفريع الشامل لكل الجزئيات ، والاستعانة التامة بكل طرق الاستنتاج ومعايير القياس الظاهرة والخفية ؟ أى الاستحسان الذى يصير الفقهاء اليه عادة حين يقبح القياس الظاهر ، ويصبح مجانيا لقواعد العدل والانصاف .

وهل هناك شك فى ان مثل هذا الفقيه لا يمكن ان يظهر الا فى بيئة متحضرة ، التقت فيها المذنبات العريقة ، وتركت رواسبها ، واحتكت فيها الثقافات المتباينة ، فأنجحت هذا العقل المتحضر الشكاك الذى

يستطيع التساؤل ، ويحتمل التردد ، ويحيل الفقه الى رياضة عقلية تقف هي والعلوم الرياضية على مستوى عقل واحد ، حتى ليستطيع فرض الفرضيات ، ووضع المسائل كما يفعل علماء الرياضة في وضع المسائل لرياضة عقولهم وتمكين قواعدهم وقوانينهم من الاستقرار في الاذهان . ان فقيها هذا هو « هلال بن يحيى بن سلمة الرأي » البصري صاحب الامامين ابي يوسف وزفر ، فهو اذن من نتاج مدرسة الرأي التي ازدهرت في العراق . انه من هؤلاء « الأرايتمون » - كما كان ينعتهم خصومهم - وذلك لكثرة استعمالهم لهذه الجملة التساؤلية : أرايت ؟ وانه لما يتعارض وطبيعة الاشياء ان ينبغ مثل هذا الفقيه خاصة ، أو ان تظهر مدرسة الرأي عامة ، في غير بيئة العراق المتحضر الذي التقت فيه الديانات والاجناس والمدنيات وتفاعلت وانتجت ، فيما انتجت ، هذا الفقه المطبوع بهذا الطابع المنطقي وهذه النزعة العقلية الجلية من هذه الفقرات التي تلوت قبل قليل ، والظاهرة في آراء فقهاء الحنفية بصورة عامة .

ولو نظرنا من الناحية الثانية الى الحجاز وتصورنا موقعه الجغرافي المنعزل ، وبيئته وكونه قطرا عربيا نقيا - نسيبا - لم تخلط فيه العروبة بالعجمة الى الحد الذي حدث في العراق ، ولم تتصادم فيه عقائد المسلمين بعقائد الملل والنحل العديدة الاخرى التي كان العراق موطنها لها ، لوجدنا ان من الطبيعي ان ينبغ فيه فقيه كالامام مالك ، فهو نتاج هذه البيئة بكل خصائصها الاصلية ما في ذلك ريب ؛ ففيه صرامتها ، واستقامتها ، وتزميتها ؛ وفيه ، فوق ذلك ، هذا الطابع النافر من كل المباحكات والفرضيات . ولذلك كان الامام مالك يضيق ذرعا بطلابه الذين يتساءلون كثيرا في حلقات درسه ، ولذلك كان كتابه الموطأ

أقرب ما يكون الى كتب الحديث • فهو في الرواية أغنى منه في
التفريع ، واستنباط الاحكام عن طريق القياس •

وعلى هذا فدارس تاريخ التشريع الاسلامى مطالب ، حين يحدد
الفروق بين المذاهب الفقهية الاسلامية ، ان يشير الى اثر البيئة في
الخلافاات الاساسية بين مدرستى « اهل الرأى » و « اهل الحديث » ،
اذ لم يكن من مجرد الصدف ان يزدهر مذهب « اهل الرأى » في
العراق ، ويشيع مذهب « اهل الحديث » في الحجاز • ويكون من
العجيب ، المناهض لطباع الاشياء ، ان ينعكس الحال فيصبح العراق
موطنا للتقليد ، ويصير الحجاز مركزا للرأى والتجديد •

ولنا في حياة الامام الشافعى مثل صالح لتوضيح أثر البيئة في
الفقيه • فالذين درسوا الفقه الشافعى يعلمون ان لهذا الامام العظيم في
كثير من الفرعيات الفقهية رأين ؛ أحدهما رأيه الاول أى الرأى
العراقى ، والثانى رأيه الذى كونه بعد ان طاف فى الامصار ، وسمع
من كثير من الفقهاء ، واحتك بهم ، ثم استقر به المقام فى مصر •
وهذا يعنى ان آراءه قد تطورت بتطور بيئته ، وبازدياد معارفه ، وبتغير
المحيط الذى عاش فيه •

— VI —

وقد يكون من المفيد ان نختم استعراضنا السريع لاثر البيئة
على الفقه والفقهاء ببعض الامثلة عن أثرها فى فقهنا المعاصر فى العراق •
ولكننا فى العراق اليوم لا نملك فقهاء بالمعنى الذى عرفته الشريعة
الاسلامية فى زاهر عهودها ، ولا بالمعنى الذى تعرفه دول الغرب
المعاصرة • على اننا نستطيع ان نوسع قليلا مفهوم الفقه فنجعله شاملا

• للفقهاء القضائي ، والفقه التشريعي ان صح هذا التعبير •

وفقهنا القضائي ، كما يتجلى للناظر في قرارات محاكمنا ، يمتاز أول ما يمتاز بهذا الاضطراب الذي يشكك كثيرا في قيمة القواعد القانونية التي تتطلب الاطراد والاستقرار • اذ من المؤسف ان قضاءنا لم يوفق بعد لانشاء تقاليد قضائية مستقرة ، ولابد من مرور زمن طويل قيل ان نصل هذه المرحلة التي تتطلب ، أول ما تتطلب ، ان تتسم قرارات المحاكم وخاصة التي هي في الدرجة النهائية بالعمق والاستقرار في آن واحد ؛ عمق في التفكير يتجلى بالتعليل المسهب الواضح المقنع فلا تبقى القرارات فقرات براء غير متسقة ، وكأنها صيغت بلغة البرقيات ، لا يستشعر القارئ فيها نزعة ادبية بليغة ، ولا يجد فيها القانوني مادة تزيد في معارفه ؛ واستقرارا في الاحكام بحيث لا تختلف نتائج القضايا المتماثلة ، وخاصة في فترات مقاربة من الزمن • ان حق المحاكم في الاجتهاد في استنباط الاحكام وعدم تقيدها بسوابق قراراتها ، لا يعني انها ، في واقع الحال ، طليقة في اتخاذ اجتهاد جديد في كل قضية تعرض عليها ، لان الناس لا يشعرون بحكم القانون ولا يروعهم جلاله الا اذا اطمأنوا الى انه يطبق عليهم على السواء ، وان حكمه ، ما دامت الوقائع المعروضة عليه واحدة ، لا يتغير بتغير المدعى او المدعى عليه •

وهذا الاضطراب الذي نلمسه في قرارات محاكمنا أثر من آثار البيئة المضطربة التي يخرجنا الخوض في تعليل دواعيها عن طبيعة هذه المحاضرة العامة •

أما التشريع او الفقه التشريعي فيكفينا لادراك مدى اضطرابه

أن ننظر الى مجاميعنا القانونية ، ونأمل فى التعديلات وتعديل
التعديلات ، والذبول ، وذبول الذبول التى اصابت قوانيننا أو ألحقت
بها . ويكفينا هنا ضرب مثال واحد (هو واحد من أمثلة عديدة) .
لقد صدر قانون التقاعد المدنى عام ١٩٤٠ ليحل محل قانون التقاعد
المدنى الذى كان قد صدر قبل ذلك . ولكن هذا القانون قد صدرت
له ثمانية قوانين معدلة ، ولم يحل دون صدور التعديل التاسع غير
حل المجلس النيابى . واغرب من هذا انه قد عدل فى بعض السنين
مرتين وذلك سنة ١٩٤١ وسنة ١٩٥٢ واذا اضفنا الى هذا القانون
القوانين الملحقه به وقوانين التقاعد الخاصة . ثم نظرنا الى عدد
الانظمة العديدة التى صدرت بمقتضاة ، وقرارات ديوان التفسير التى
صدرت بشأن بعض مواده ، والشكوى العميقة التى لم تزال قائمة
حول احكامه على الرغم من تلكم التعديلات المتعددة ، ادر كنا مدي
اضطراب تشريعنا . ولنا ان نتساءل : اذا كانت هذه التعديلات
مشروعة ، بمعنى أنها ضرورية وعادلة ، فكيف اغفلت أحكامها حين
وضع القانون ؟ وما هى مهمة المشرع والهيئات الفنية الاخرى المسؤولة
عن المراحل التحضيرية للتشريع ؟ واذا كانت تلك التعديلات تافهة
أريد بها تطمين رغبات شخص أو فئات صغيرة فمن حقنا أن نتساءل
أين هو المشرع الذى يبلغ هذا الحد من الهزال بحيث انه يقر فى
سنة واحدة تعديلين لقانون واحد . ؟؟

وليس الوضع بالنسبة لقانون التقاعد العسكرى افضل من
قانون التقاعد المدنى وليست الشكوى بشأنه أخف من الشكوى بشأن
قانون التقاعد المدنى . أن هذا المثل البسيط يرينا بجلاء أثر انعكاس

البيئة العامة على تشريعنا ويستطيع الناظر البصير ان يدرك من هذا
الوضع مدى ما نقاسيه من عدم استقرار واضطراب فى حياتنا العامة •

— VII —

لقد حاول ابن خلدون فى مقدماته الثالثة والرابعة والخامسة
من الفصل الاول من كتابه الاول فى العمران البشرى (من مقدمته
المشهورة) ان يرجع اختلافات البشر فى ألوانهم وطبائعهم ، واخلاتهم
الى الاختلاف فى أجوائهم ومناخ اقاليمهم واختلاف غذائهم ، وكان
فى ملاحظاته تلك ، وعلى العموم ، فى معظم ملاحظاته التى بنى عليها
المبدع « المقدمة » ، قد وضع اساسا لفلسفة التاريخ ، ومبادئ علم
الاجتماع • وفى الواقع فان الدراسة القانونية بحاجة الى من يقوم بها
على هذا الاساس • وانى متأكد ان كثيرا من الخلافات الاصلية القائمة
بين شرائع الشعوب المختلفة وتباين نظمها القانونية ، يرجع اول ما
يرجع ، الى الاختلاف فى البيئة بالمعنى الواسع الذى أشرنا اليه فى
مطلع هذه المحاضرة • وهذه الحقيقة ، على بدايتها ، خفيت على كثير
من الباحثين ، وارادوا ان يتزعوا القانون من بيئته الاجتماعية ويحيلوه
نصوصا جامدة صارمة ؟ أوامر أو نواهي مقرونة بالجزاء ، وتشريعات
اصلية أو فرعية واجبة النفاذ ولا شىء غير ذلك •

وخطورة هذه النظرة الضيقة ليست بقاصرة على نقصها
وجمودها ، بل لانها فى واقع الحال ، تعمل على اخراج القانون من
ارحب مجالاته ، وتنتزع منه ، اجل صفاته ؟ وهو كونه عنصرا حيويا
متفاعلا مع المحيط ، ومنفعلا بمؤثرات المحيط التى لا تحصى •

ان الباحث لا يقدر ان يدرك حقيقة « فقه » أى امة من الامم ،
حق قدره ، حين ينظر اليه مجردا عن بيئته الزمانية والمكانية ،
والظروف والاحوال الاجتماعية التى واكبته • ولا بد له من هذه
النظرة الشاملة التى تعد الفقه جزءا من الكيان الاجتماعى العام ، لا
يمكن فصله عنه الا حين يمكن فصل اليدين أو الرجلين عن جسم
الانسان ، ونزعم مع ذلك الحياة لتلك الاطراف المتوترة •

الحقوق المدنية في العراق *

تمهيد :

ان للحقوق المدنية ، أو القانون المدني ، كما يفضل البعض ان تسمى ، أو الاحكام المدنية ، وهي أدق في الدلالة ، وضعا خاصا في العراق . وهذا الوضع الخاص نشأ عن عوامل عديدة ، ليس من غرضنا ، ولا في مقدورنا ، الاحاطة بها ، من جميع أطرافها ، في هذه العجالة .

ولكننا فيما ارى مضطرون الى ان نلم باهم الادوار التاريخية التي سبقت الوقت الحاضر وأدت اليه . وما دام القانون فرعاً من العلوم الاجتماعية ، فهو لن يستغنى استغناء تاماً عن الدراسة التاريخية؛ اذ من العسير ادراك الاحكام القانونية ادراكاً صحيحاً بدراسة موضوعية مجردة عن الصفة الزمنية . ذلك لان الاحكام القانونية تنمو مع الحقب ، وتتطور بأطراد الزمن ، وتتأثر أشد التأثير بالوضع الاجتماعي العام . ولكل قاعدة قانونية ، مهما ظهرت بثوب قشيب جديد ، أصول في الماضي القريب ، أو البعيد . فالرجوع الى الماضي

* اعد هذا البحث - بناء على طلب نقابة المحامين في بغداد - لكي يلقي في المؤتمر الاول للمحامين العرب الذي انعقد في دمشق سنة ١٩٤٤ ولكن منع الحكومة المحاضر من السفر الى سورية حال دون القائه هناك وقد اكتفى بنشره في العدد الرابع من مجلة القضاء لسنة ١٩٤٤ في ص (٤١٢) .

لازم لفهم الحاضر ، ولعله الزم في وضع اسس متينة للمستقبل .
ولقد اصاب احد فقهاء الغرب حين قال :- « لا يمكنك ان تصنع
القانون صنعا ، ولكن عليك ان تبذره ، فهو ينمو مع الزمن » .

لمحة تاريخية :

ليس من العسير على الباحث المتقرب ان يرجع بعض احكامنا
القانونية الحاضرة الى اصولها المتوغة في القدم . فقد اورثتنا القرون
الغابرة كثيرا من مؤسساتها القانونية ، كما احتفظت لغتنا الدارجة
والفصيحة بمقدار محسوس من أثر اللغات السامية كالآشورية
والبابلية . ولا غرابة في ذلك فقد كان العراق مهذا لاقدم الشرائع
وارقامها ، ويكفي ان تذكر شريعة « جوديا Judia » وقانون
« حمورابي » المشرع العظيم الذي اثبتت الدراسة العميقة التي قام بها
بعض علماء الغرب ان شريعته كانت اعظم شريعة وضعية عرفتها
القرون الاولى ، وان قانونه كان الانموذج الكامل للقانون المدني .

اما في القرون الوسطى - تلك القرون التي اصطاح الناس
تمشيا مع الغرب تسميتها بالعصور المظلمة ، وحرى بنا ان نسميها
العصور المنيرة - فقد كان العراق مركزا لتلك النهضة العظيمة التي
شملت شتى نواحي الحياة العقلية ، والروحية ، والفنية ؛ فانتجت تراثا
خالدا على الزمن اضاء سناه الكون كله . فبعد ان استحال الحاضرة
الاسلامية القوية الى المدينة العباسية المدعة ، وبعد ان استقرت اسس
ال عمران على قواعد ثابتة ، ازدهرت حياة المدن في الكوفة والبصرة
وبغداد ، واندفع الناس بحماس شديد ، ورغبة ملحة نحو البحث
والتدوين .

وكان من الطبيعي ان يكون الدين - وعلاقة القانون به كعلاقة
الجزء بالكل - اول ما توجهت اليه انظارهم ، فهو أعز شيء لدى
العرب ، وهو مفخرتهم الاولى الخالدة • ولذا حظيت الدراسة الدينية
والقانونية باعظم نصيب ؟ فدونت الشريعة ، واستخرجت احكامها ،
ووضعت اصولها ، وتنافس الفقهاء في تفريع فروعها ، ونتج عن هذا
كله ثروة فقهية وقانونية طائلة استنبطت من الكتاب والسنة والاجماع
ووسعت بالقياس والاجتهاد والاستحسان • وكان وفقا لطبيعة الاشياء
ان ينال العراق نصيبه الموفور في هذه الناحية ، وان تتأسس فيه
مدرسة الرأي وتزدهر • اذ قد كان العراق ملتقى الحضارات ؛ ففيه
امتزجت العقليات العربية والفارسية واليونانية ، وفيه استجذبت من
الحوادث والحالات ما ادت الى تفريع المسائل مما ادى الى وضع الحلول
اللازمة مما لا يمكن ان يتصور وقوع مماثلاتها في الجزيرة العربية •
هذه العوامل - وكثير غيرها - ادت الى ظهور الامام الاعظم ابي حنيفة
النعمان ابن ثابت الكوفي ، ومدرسته المكونة : من أعظم طلابه ابي
يوسف الانصارى قاضى بغداد ثم قاضى قضاتها في عهد الرشيد
وصاحب كتاب الخراج ، ومحمد بن الحسن الشيبانى صاحب
الموسوعات الفقهية المشهورة « المبسوط والجامع الكبير والجامع الصغير
والحجج وغيرها » تلك المؤلفات التى بقيت المعين الذى ارتوى منه
فقهاء الحنفية فى كل العصور التى تلت ، ومن زفر بن الهذيل ذى
العقل المنطقى الجبار الذى لو اتيح له ان يعمر طويلا لخلف من
المؤلفات القيمة الشيء الكثير ، ومن كثير غيرهم من فقهاء القرن
الهجرى الثانى • ثم نبغ من فقهاء الحنفية فى القرن الثالث الخصاف
« صاحب كتاب الاوقاف والوصايا وكتاب الحيل » وظهر فى اواخر

القرن الثالث واوائل القرن الرابع الطحاوى « صاحب اذكار الحقوق والرهون » ثم عقب هؤلاء فقهاء تختلف منازلهم وآثارهم فى الفقه الحنفى ، ولكن الصفة الغالبة على المؤلفات التى تلت القرن الرابع الهجرى الاقتداء لا الابداع ، والجمع لا التأليف ، الى ان خيم عصر الجمود ، وسد باب الاجتهاد ، وصار لزاما على القضاة والمفتين التقيّد بآراء سابقة ليس فى مقدور احد ان يحيد عنها قيد أنملة .

لم يكن الامام الاعظم ومدرسته كل ما اتّبع العراق من فقه ولكننا عينا بذكره هنا لان الفقه الحنفى - لاسباب عديدة لم يكن شموله ، واتساع مباحثه وفروعه ، الا واحدا منها - هو الفقه الذى الزم الناس به على اعتباره القانون الذى يرجعون اليه فى حل ما ينشعب بينهم من خلافات . وبعبارة أخرى فانه لم يكن فقها بالمعنى الاصطلاحي الضيق ؟ بل كان قانونا ايجابيا ملزما . وقد ظهرت هذه الحالة بصورة جلية فى عهد الدولة العثمانية حين أصبح المذهب الحنفى المذهب الرسمى للدولة ، وقد استقر العمل بمقتضى احكامه بصورة اخض حينما اعتمدت الحكومة العثمانية لجنة من فضلاء فقهاءها فى وضع مجلة الاحكام ، تلك المجموعة التى اقتبست من الكتب المعبرة فى الفقه الحنفى ، ومن بعض فتاوى متأخرى الحنفية ومجاميعهم . وقد نشرت المجلة بصورة منجمة بين « ٢ ذى الحجة ١٢٨٦ هـ و ٢٦ شعبان ١٢٩٣ هـ » وقد استغرقت اللجنة فى انجاز عملها هذا حوالى عشر سنوات (بين ١٨٦٧ م - ١٨٧٧ م) اتمت خلالها ستة عشر كتابا مع مقدمة فى المواد الكلية ومجموع مواد المجلة « ١٨٥١ » وسميت بمجلة الاحكام العدلية ، اى « القانون المدنى » الذى طبق فى مختلف انحاء الامبراطورية العثمانية التى كان العراق جزءا منها .

والظاهر من تقرير لجنة المجلة ان فكرة تقنين الاحكام المدنية كانت تدور بخلد الدولة العثمانية ، ووجدت عدة محاولات في هذا الصدد منذ زمن بعيد ، ولكن تلك المحاولات لم تثمر شيئا الى ان قيض للجنة المجلة ان تجمعها ، وان تقترن هذه المجموعة بالارادة السنية فتصبح قانونا ملزما .

ولقد كانت الفوضى القانونية - ان صح هذا التعبير وجاز لنا ان نجتمع بين الفوضى والقانون - ضاربة اطنابها قبل هذا العهد ، وكانت المنازعات حول الاختصاص بين المحاكم « النظامية » والمحاكم « الشرعية » ، أو بعبارة ثانية بين « الحكام » و « القضاة » على أشدها . ومن الحق علينا ان نسجل ان تقنين المجلة قد جاء نتيجة للتطور الذي املته ظروف الدولة العثمانية السياسية والاجتماعية . وكان نتيجة سعيها في تجديد مظاهرها ، وتقريب شكلها ، من الدول الاوربية ذات الامتيازات والسيطرة السياسية . وكانت الحكومة العثمانية منذ فجر القرن التاسع عشر قد بدأت بنهضة تقنينية واسعة النطاق ، فشرعت ؛ فيما شرعت ؛ قانونا للتجارة البرية ، وقانونا للتجارة البحرية واصولا للمحاكمات التجارية ، واصولا للمحاكمات المدنية ، وقانونا للاراضي ، وغير ذلك من القوانين التي لا يزال يعمل بأكثرها في العراق الى اليوم ؛ تلك القوانين التي كانت الشريعة الفرنسية أهم مصادرها المادية .

ماخذ المجلة :

ان مجلة الاحكام العدلية وان اريد بها ان تقوم مقام القانون المدني لكنها لم تحو جميع ما تشمله القوانين المدنية عادة . فهي لم

تبحث في الاحكام المتعلقة بشخص الانسان ، والتي تعرف بالاحوال الشخصية ، وانما تركت ذلك على الحال القديم ، وابقته من اختصاص المحاكم الشرعية . والقوانين المدنية في العادة - كالقانون المدني الفرنسي والسويسرى والبلجيكي - تبحث في ذلك . ثم ان المجلة لم تميز بين الاحكام القانونية «المادية» والمسائل «الوصفية» أو الاصولية ؛ ولذا فانها بحثت عن الدعوى واليانات والقضاء في الكتب الثلاثة الاخيرة منها .

اما من جهة التصنيف فقد اتبعت الطريقة القديمة المتعارفة في الفقه ؛ واعنى بها ذكر الحلول الجزئية ، واحكام العقود بصورة منفردة ، دون ان تستخلص النظرية العامة التي تربط العقود كافة ؛ وبعبارة اخرى فأن المجلة بحثت عن العقود المسماة فحسب ، وهى فى تصنيفها لهذه العقود اتبعت الطريقة العملية ، ولم ترع التصنيف العلمى الدقيق ؛ فهى لم تلاحظ التفريق بين الحقوق الشخصية (Jus in personam) والحقوق العينية (Jus in rem) ولذا ذكرت كتاب الحوالة بعد الكفالة ، وذكرت شركات الملك بعد شركات العقد . اما اللغة الضعيفة ، واسلوب التقنين المضطرب ، والاهتمام بالامثلة العديدة غير المجدية ، والحشو والتكرار الممل ، فهى نقائص ظاهرة لا يمكن التغافل عنها . وفى الحق فان كتباً عديدة فى الفقه الحنفى كبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، «للكاسانى» ، والهداية «للمرغينانى» ، لهى اذق تعبيراً واحسن تصنيفاً فى بعض المواضيع من المجلة ذاتها .

وعندى ان اهم انتقاد يوجه للمجلة - على تقديرى لطبيعة الزمن الذى وضعت فيه - هو تمسكها بالفقه الحنفى دون سواه من فروع

الفقه الاسلامى ومذاهبه • وغنى عن البيان ان الفقه الحنفى على مسعته ،
وكثرة مسائله ، وعظم قدره ، ليس كل الفقه الاسلامى ، وليست
كل احكامه أيسر الاحكام وافضلها • ففى الفقه المالكى من النظرة
الواقعية للاشياء ، وفى الفقه الشافعى والجمهرى من الجلاء والدقة
احيانا ، ما لا نجد له مثيلا فى الفقه الحنفى • بل ان كثيرا من الآراء
والحلل الفقهية فى المذاهب المنزسة ما هو أنسب لحياة العصر ، وأقرب
الى روح التشريع الاسلامى •

تدارك النقص :

لم تحو المجلة ، كما سلف ان ذكرنا ، كل ما يجب ان يشمل
القانون المدنى ، وبقيت الاحوال الشخصية واحكام الاوقاف من
اختصاص المحاكم الشرعية تطبق عليها النصوص المستخرجة من
امهات الكتب الفقهية ، ومن الفتاوى التى نال اصحابها شهرة كبيرة •
وقبل صدور المجلة كانت الحكومة العثمانية قد شرعت قانونا للاراضى
فى ٢٣ شوال ١٢٨٤ هـ ، وقد توهم تسمية هذا القانون حتى ليظن
ان احكامه سارية على العقارات والاموال غير المنقولة جميعها ، بينما
الواقع على خلاف ذلك • اذ قد اريد بهذا القانون تعيين وتوضيح العلاقة
المتكونة بين بيت المال - صاحب الرقبة - وبين المتصرفين - أصحاب
حق التمتع والاستعمال - فى الاراضى الاميرية والموقوفة وقفا غير
صحيح • ولكن قانون الاراضى هذا قد اعقبته ذيول وارادات وقوانين
عديدة أخرى لم تعدل احكامه فحسب بل عدلت ، أو الفت ، أو
عطلت ، كثيرا من أحكام المجلة المتعلقة بالعقار أيضا •

وقد حاولت الحكومة العثمانية ان تساير سنن التطور فاتبعت

سياسة الترميم والاصلاح الجزئى . فحيثما وجدت ناحية ضعف ، أو حاجة ماسة تداركتها بقانون خاص ، وهكذا عدلت الاحكام المدنية الى حد بعيد . أن أهم القوانين المعدلة هذه هى :- « قانون التصرف بالاموال غير المنقولة » الصادر فى ٥ جمادى الاولى سنة ١٣٣١ هـ . وبه اوجب المشرع لزوم مراعاة مراسيم معينة فى العقود المتعلقة بالعقارات واعتبر العقد الذى لم تراعى فيه تلك الشكليات باطلا . وهكذا عدلت احكام المجلة التى لم تهتم كثيرا فى التمييز بين المنقول وغير المنقول ، ولم تشترط الشكليات فى العقود . ثم قانون انتقالات الاموال غير المنقولة « الصادر فى ٢٧ ربيع الاول سنة ١٣٣١ هـ ، وبه اوجد المشرع طريقة لورثة التصرف بالاراضى الاميرية تختلف تمام الاختلاف عن احكام الفرائض والموارث الشرعية . واحكام هذا القانون تكاد تكون مقتبسة حرفيا من الفصل المتعلق بالارث فى القانون المدنى الالماني . كذلك اصدر المشرع العثماني قانونا سماه قانون « وضع الاموال غير المنقولة وثيقة للدين » الصادر فى ١ ربيع الآخر سنة ١٣٣١ هـ . وبه اقتبس الطريقة المعروفة بالرهن غير الحيازى فى توثيق الديون ، تلك الطريقة التى كان اليونان أول من استعملها ، وعنهم أخذها الرومان ، ومن هؤلاء انتقلت الى الشرائع الاوربية الحديثة التى اقتبس العثمانيون عنها هذه الطريقة السهلة فى التأمين العينى . وبهذا القانون شلت - وان لم تبطل - الاحكام المتعلقة برهن العقار من كتاب الرهن فى المجلة . كذلك اصدر المشرع العثماني قانونا سماه قانون تقسيم الاموال المشتركة غير المنقولة « الصادر فى ١ كانون الاول سنة ١٣٢٩ هـ ، وبه مكن الشركاء فى العقار غير القابل للقسمة ازالة الشيوع بطريقة البيع وبهذا قضى على الشدة التى اوجدتها المجلة اذ كانت تخطر بيع امثال تلك

العقارات وانما تجيز قسمة منافعها عن طريق التهايو • وهكذا تعدلت احكام الباب الثانى من كتاب الشركة المتعلق بقسمة العقارات المشتركة • وفيما عدا هذه القوانين فقد كانت الحكومة العثمانية قد أصدرت قوانين أخرى جاءت بأحكام على غاية من الاهمية منها قانون تصرف الاشخاص المعنوية ذلك القانون الذى وسعه المشرع العراقى ، وصاغه صياغة جديدة سنة ١٩٢٩ ، وبه اجاز للشخصيات المعنوية من جمعيات وشركات وطوائف وغيرها ••• تملك العقار والتصرف به •

على ان أعظم تعديل طرأ على المجلة محاولة المشرع العثمانى ايجاد نظرية عامة ضابطة لصحة العقود ، وعدم التقيد بما ذكرته المجلة من أركان وشروط لكل عقد على انفراد • وكانت المحاولة جريئة بقدر ما كانت لازمة • ولكن الشيء المؤسف فيها اضطرار المشرع لجعلها مادة فى قانون أصول المرافعات الحقوقية بينما هى من القانون المدنى فى الصميم • وكان الاخرى به ان يفرد لذلك قانونا خاصا تحت عنوان قانون الوجائب أو الالتزامات توضح به هذه الفكرة بجلاء • وليست المادة (٦٤) من أصول المرافعات الحقوقية هى المادة القانونية الايجابية الوحيدة ؛ فقد بحث الفصل الخامس من الباب الرابع من أصول المرافعات الحقوقية فى الضرر والخسار الناجم عن عدم تنفيذ العقود وهذه من الاحكام المادية أيضا • بل انا نجد احكاما قانونية أخرى بين مواد قانون المرافعات وقانون الاجزاء - التنفيذ - وغيرهما من القوانين مما لا يتسع المجال لسردها بدقة فى الوقت المحدود لهذه الكلمة •

وقد شرعت الحكومة العراقية أخيراً قانوناً برقم (٥٤) سنة ١٩٤٣ م جعلته ذيلاً لاصول المحاكمات الحقوقية وفيه بحثت عن الضمان أو التعويض عن الأضرار المدنية وقد حوى هذا القانون مبادئ قانونية على غاية من الأهمية ، وبه اقتبس المشرع العراقي بعض الأحكام من الشرائع الغربية المتعلقة بما يسمى (Law of Tort) . وقد أصبح من الجائز ان يطالب الفرد بالتعويض عن الأضرار الادبية التي تلحق به بسبب الإخلال بأعذاره المالى أو بسمعته وبشرفه أو بمركزه الاجتماعى . كذلك جاء المشرع بمبدأ المسؤولية التبعية - أو المسؤولية عن الغير - (Vicarious liability) وبذا ابتعد عن المذهب القديم الذى يجعل التبعية ذاتية مباشرة . وهذا المبدأ تتطلبه الحياة العصرية الجديدة ، بل ان المجال لتوسع لتوسيع مباحث احكام الأضرار المدنية الى حد بعيد . وانه لمن المؤسف ان تعتبر هذه الامور مسائل أصولية فللحق ذيلاً لاصول المرافعات وكان الأحرى ان يفرد لها قانون خاص .

الحاجة الى الإصلاح :

تبين مما سردناه أعلاه ان الأحكام القانونية المدنية فى العراق فى وضع مضطرب ، وأسباب ذلك ترجع الى تعدد القوانين ، واختلاف مصادرها المادية والشكلية ، والى قدم بعضها وعدم مناسبتها الوقت الحاضر ، كما ان قسماً منها مدون بينما القسم الآخر غير مدون ؛ يفصل فى قسم منه أحكام درسوا القانون وتمرنوا فى المحاماة ، ويفصل فى القسم الآخر قضاة شرع درسوا الفقه الإسلامى ، واشتغلوا فى الفتوى . على ان القوانين المشرعة كانت الحكومة العثمانية قد وضعتها باللغة التركية ، ولم يترجم البعض منها الى اللغة العربية ترجمة

رسمية الى يوم الناس هذا • فهذا الوضع الشاذ يدعو الى الشكوى ،
ويهب بنا الى الاصلاح السريع •

وفي الحق فقد أدرك كثير من قانونيي العراق وساسته هذا الامر ،
ولعل من أسبق الداعين الى الاصلاح القانوني وزير العدل الاسبق
المرحوم محمد زكي فقد ألف سنة ١٩٣٣ حينما تسنم كرسي وزارة
العدل لجنة وضعت خطة للاصلاح ، وأعلنت الوزارة التي كانت جالسة
في دست الحكم يوم ذاك عن هذا الامر في منهجها الوزاري ، ولكن
عملا جديا لم يتم الى ان بدأت المرحلة الثانية وكان ذلك سنة ١٩٣٦ •
وكان من حسن حظ العراق ان يفد بغداد من مصر نخبة ممتازة من
أساتذة القانون على رأسها الاستاذ العميد الدكتور عبدالرزاق السنهوري
الذي اتدبته الحكومة العراقية لوضع مشروع القانون المدني • وقد
وضع الاسس اللازمة والخطة التي يسار عليها • وهي ترمي الى اتخاذ
المجلة نفسها أساسا للقانون المدني على ان تدمج فيها - كل في محله
المناسب - احكام القوانين المتممة والمعدلة ، وعلى ان يراعى في التبويب
والتقنين النهج العلمي الحديث • ويقتبس من الشرائع الغربية
والنظريات القانونية الحديثة كل ما تدعو الحاجة اليه ، وتتطلبه حياة
العصر • وقد أشار أيضا الى لزوم ادماج احكام الاحوال الشخصية
بالقانون المدني •

ولكن الحماس للعمل على انجاز القانون المدني قد فتر مدة
طويلة الى ان حلت المرحلة الثالثة وكان ذلك في أواخر سنة ١٩٤٢
اذ استجد البحث في القانون المدني فتكونت لجنة جديدة ضمت نخبة
ممتازة من رجال القضاء والعدل والقانون في العراق • وقد اجتمعت
هذه اللجنة شهورا عديدة انجزت خلالها دراسة الباب التمهيدي

(الاحكام العامة ، مصادر القانون ، تنازع القوانين ، وتقسيم الاشياء والاموال) كما انجزت الكتاب الاول من الجزء الثاني الباحث في الالتزامات بوجه عام (مصادر الالتزام ، اثار الالتزام ، الآثار المعدلة ، انتقال الالتزام ، انقضاؤه ، اثباته) كما اتمت دراسة الكتاب الثاني من الجزء الثاني في العقود المسماة ، ويشمل العقود التي تقع على الملكية (البيع ، والهبة ، والشركة ، والقرض والدخل الدائم ، والصلح) والعقود التي تقع على المنفعة (الايجار ، والعارية) والعقود التي تقع على العمل (الاستصناع ، العمالة ، الوكالة ، الوديعة ، الحراسة) والعقود الاحتمالية (المقامرة ، الرهان ، الايراد مدى الحياة ، والتأمين) والكفالة • وقد بقى القسم الثانى المتعلق بالحقوق العينية الاصلية والتبعية تأمل اللجنة انجاز دراسته فى بضع الشهور القادمة •

ملاحظات حول المشروع :

ان كل ثناء على اللجنة وعملها وجهود رئيسها الفاضل لا يعد مبانغا فيه ؟ ولكن اعجابنا الشديد ، وتقديرنا العظيم لتلك الجهود ، لا يمنعنا من ابداء بعض الملاحظات الموجزة عليها •

فمن الملاحظ أولا ان التبويب والتصنيف الذى اتبعته اللجنة هو ذات التبويب الذى اعدته وزارة العدل فى مصر ونشرته فى ثلاث مجلدات باللغتين العربية والفرنسية فى سنى ١٩٤٠ و ١٩٤١ وهذا التصنيف الذى اصطفاه لجنة تنقيح القانون المدنى المصرى على دقته العلمية قد يوجه اليه ذات الانتقاد الذى يوجه أحيانا الى القانون المدنى

الالمانى ، وهى مغالاته فى بعض الحالات فى هذه الدقة حتى يجعل القانون وكأنه وقف على طبقة خاصة من أصحاب الاختصاص . هذا وفى تصنيف العقود المسماة ابتعد كثيرا عن التصنيف الذى اتبعته الكتب الفقهية ، وعن التصنيف الذى كانت المجلة قد اقرته فجاء بعض الشئ غريبا .

وقد يأخذ المشروع على ادخال عقود غير متعارفة فى العراق أصلا . كما يلاحظ أيضا ان المشروع لم يتخلص تماما من بعض الهنات ، ففى بعض المواد أمثلة يمكن الاستغناء عنها ، كما ان فيه بعض المصطلحات الغريبة عن اللغة القانونية فى العراق . وقد عمل أعضاء اللجنة كثيرا على تقريبها من اللغة المتعارفة ومع ذلك فلم يزل المدقق يرى ان بعض التعابير والأفكار محتاجة الى تشذيب وتوطين - ان صحت هذه التسمية - كما تصبح ألفة غير نابة ، وكما يسهل تمثيلها فى ترائنا الفقهى والقانونى . ولاشك عندى ان المشروع ، متى تم ، واعيد النظر فيه ، واتيحت الفرصة الكافية لتتقيحه ، سينجو من هذه المآخذ اليسيرة .

ولكن أهم ما يؤاخذ عليه المشروع هو تركه أو تأجيله - والترك والتأجيل فى هذا الصدد بمعنى واحد - البحث فى الاحوال الشخصية ، بينما الحاجة ماسة جدا للإسراع فى انجاز هذا القسم . فثمن كانت أحكام المعاملات مرتبكة ومشتتة فى قوانين عديدة ، فان أحكام الاحوال الشخصية ، كما اسلفنا القول ، لا تزال تستخرج من بطون الكتب الفقهية التى ليس فى مقدور أكثر الحكام الرجوع اليها . هذا

بالإضافة الى صعوبة معرفة الرأي المفتى به • اذ لا يخفى ان المسائل
الفقهية قد تفرعت كثيرا ، وتعددت حلولها حتى اننا لا نكاد نجد قضية
من القضايا الا وفيها رأى غير الرأي المفتى به • ثم ان وجود فقهاء
- أى قانونيين - للاحوال الشخصية فى العراق يجعل الحاجة أشد
لتقنين الاحوال الشخصية التى يجب ان تستنبط من أدق الآراء وانسبها
لحياة العصر ، واقربها لروح الاسلام من جميع المذاهب الاسلامية على
حد سواء ، للقضاء على الثنائية القانونية التى تضيف سببا خطيرا فى
بليلة الحالة الاجتماعية • وما لم يتم التناسق فى حياتنا الاجتماعية ، وما
لم نصبح أمة واحدة بكل معنى الكلمة ، لن نحصل على التضامن
الاجتماعى اللازم فى حياة الامم حياة رفيعة •

امل المستقبل :

قد تجلى من العرض السريع لتطور الاحكام المدنية فى العراق
وحالتها الحاضرة ان هناك نقضا لا شك فيه ، وان هناك - على قدر هذا
النقص - تيقظا ودعوة الى اصلاحه • وقد خطا العراق خطوات فى
هذا المضمار • ولعل من الخير انه وقف عند هذا الحد فى هذا الوقت
الذى تمت ، أو كادت تتم به يقظة الامة العربية • وحوادث العالم
الجبام تفرض علينا طائعين أو مكرهين التفكير فى مصيرنا ، لا كشعوب
مستقل بعضها عن بعض ، بل كأمة واحدة تجمعها اللغة ، والتاريخ ،
والمعتقد ، واواصر النسب • وتحفزها للعمل مصلحتها المشتركة فى
الحياة الحرة السعيدة ، وذاتيتها الكامنة الطامحة فى ان تكون لها مكائتها

اللائقة بها بين أمم الارض وشعوبها • وان من قصور القول ان نكرر هنا ان الوحدة أو الاتحاد الذي نطمح فيه لن يتحقق - أو انه لن يتحقق على الوجه الامثل - ما لم ترافقه ، أو تسبقه ، وحدة اجتماعية وثقافية واقتصادية وقانونية • ونحن ، رجال القانون ، نستطيع ان نخدم امتنا أجل خدمة ان وفقنا في هذا المؤتمر المبارك الى وضع اسس هذه الوحدة القانونية •••

وفي حيز القانون المدني يمكن ان تتكون لجنة مشتركة من رجال القضاء ، والقانون ، والتعليم القانوني ، مؤلفة من ممثلين من مصر وبلاد الشام والعراق فتضع مشروعا منقحا للقانون المدني يصلح لهذه الاقطار جميعا ، على ان تستهدى هذه اللجنة بضابطين اثنين هما في الاهمية على حد سواء :

اولهما - ان لنا تراثا فقهيا عظيما ، هو من نتاج عقولنا ، ومنطبق مع تقاليدنا ، وهو طابع شخصية امتنا المتميزة « وما دام لنا هذا التراث » على حد ما قال الدكتور السنهوري ، « فمن السفه ان نبذده ونلتمس ما في ايدي الغير » •

ثانيهما - ان الحياة الجديدة تتطلب نظما جديدة ؛ فمن الحق علينا ان نساير التطور الاجتماعي راضين غير مكرهين ، وان نقبس من نظم العالم وقوانينه ما يصلح لنا ، ونحتاج اليه في اسعاد امتنا ، وتوطيد حياتها على أساس من العدل الاجتماعي مكين •

فان حققنا هذا ، وحرى بنا ان نحققه^(١) ، صح فينا قول الشاعر
العظيم :

وخير الناس ذو حسب قديم اقام لنفسه حسبا جديدا

(١) وضعت هذه المحاضرة - كما أشرت الى هذا في هامش الصفحة ٧٦ - في عام ١٩٤٤ . ولقد انجز تشريع القانون المدني بعد ان مر بمراحل تحضيرية مهمة ، وكان تمام تشريعه في الرابع من شهر حزيران سنة ١٩٥١ بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ . وقد نشر هذا القانون في العدد ٣٠١٥ من جريدة الوقائع العراقية الصادرة بتاريخ ٨ أيلول ١٩٥١ . وحيث قد نصت المادة (١٣٨٢) على ان نفاذه يكون بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية . وعلى ذلك فقد أصبح هذا القانون نافذا في جميع انحاء العراق من اليوم التاسع من شهر أيلول سنة ١٩٥٣ .

ولقد كان تمام تشريعه خطوة مهمة في تاريخ التشريع العراقي . وكانت اللجنة التي أعادت النظر فيه قد تداركت بعض الملاحظات التي أشرنا اليها . ولكن النقص الاساسي في هذا القانون هو عدم معالجته ما يتعلق بأحكام الاحوال الشخصية ؛ اذ ترك ذلك لتشريع خاص ، ولكن هذا التشريع لم يتم حتى يوم الناس هذا ، على الرغم من وضع لائحة منذ امد طويل . على أن حذف ما يتعلق بالجمعيات من القانون المدني يعد نقصا آخر مهما تعمدته الحكومة عند تشريع هذا القانون اذ حذفت ما يتعلق بالجمعيات (فيما عدى بعض المواد البسيطة) من المشروع الاصلى الذي اعدده الدكتور السنهوري واللجنة التي عملت معه . وقد كان هدف واضع المشروع ان يخضع الجمعيات (وهى من الاشخاص الحكمية) لرقابة القضاء شأنها في ذلك شأن الاشخاص المتشخصة اى الاشخاص الحقيقيين . ولو قيل ذلك الرأى لما بقيت الجمعيات خاضعة لسلطان وزير الداخلية ومجلس الوزراء كما حددها القانون الخاص .

ان قيمة هذا البحث فيما أرى ، ستبقى من الناحية التاريخية . وسيكون مفيدا لمعرفة المراحل التي سبقت تشريع القانون المدني ، ولذلك آثرت ضمه الى هذه المجموعة .

مما جتاز صدرع قانون العقوبات*

استطاعت الحكومة الحاضرة أن تبر بوعدها فى تشريع القانون المدني العراقى فى أواخر الدورة البرلمانية السابقة ؛ وقد نشر ذلك القانون فعلا فى الجريدة الرسمية ، وصارت الأشهر تمر سراعاً لتبلغ الستين اللتين حددهما المشرع لبدء نفاذه وحلوله محل « مجلة الأحكام العدلية » والقوانين الأخرى التى تبحث فى الأمور المدنية .

وقد نشطت بعض الهيئات الرسمية فى تكوين بعض اللجان لتدارس ذلك القانون وتوضيحه ، وأخذ الشراح - من أساتذة كلية الحقوق وغيرهم - يتسابقون فى الإعلان عن مؤلفاتهم ، وكأن كل واحد منهم يجد كيف يصل متوجه الى السوق لينال الربح الأوفى الذى يرتقبه صاحب كل بضاعة يحتاجها الناس ، وتصل الى أيديهم وهى لا تخشى منافسة المنافسين . وقد يكون من المتعسر جدا التنبؤ سلفاً عن مدى توفيق المشرع العراقى فى انجازه لذلك القانون الخطير ، فى مثل تلك الفترة الزمنية ؛ إذ أن لاختلاف الآراء حول ضرورة تشريعه - من حيث الأساس - أكبر الأثر فى تقدير قيمته الحقيقية ، ومدى احتمال نجاحه .

ومهما اختلفت الآراء ، وتباينت وجهات النظر ، حول القانون

* نشر هذا البحث فى العدد ٣ ، ٤ من مجلة البعث العربى الصادرين فى ١٥ كانون الثانى سنة ١٩٥٢ ، ١ شباط سنة ١٩٥٢ ،

المدنى فان هناك اجماعا ، أو ما يشبه الاجماع ، بين العارفين ، على لزوم تشريع قانون عقابى جديد يحل محل قانون العقوبات البغدادى ؛ ذلك لان قانوننا العقابى الحالى معيب من وجوه شكلية وموضوعية عديدة ، والحاجة الى اصلاحه أساسية وملحة ؛ وهى بلا ريب أقوى وأشد من الحاجة الى اصلاح القانون المدنى • لان القانون المدنى - وهو فرع القانون الخاص الرئيسى ينظم علاقات الافراد بعضهم ببعض فى شؤونهم الخاصة التى تكون ، فى العادة ، علاقاتهم المالية أبرز نواحيها • أما القانون العقابى - وهو أكثر فروع القانون العام اتصالا بالافراد وسلامتهم - فانه المظهر الحقيقى لمدى تقدم المجتمع ورقه ، وبه مناط حرياتهم ، وهو الضابط لممارستهم حقوقهم العامة ممارسة فعلية • ونستطيع أن نجعل الفرق بين القانون المدنى والعقابى بالتصوير البسيط الآتى : اذ بينما نرى بأن غاية ما يهتم به القانون المدنى هو كون « زيد » من الناس مدينا لعمره أو غير مدين ، ومدى مسؤولية عمرو عن وجيبته ان كان مدينا ؛ نجد من الناحية الاخرى ، أن القانون العقابى هو الذى يحدد لنا ما اذا كان زيد مجرما أو بريئا ، وهو الذى يصف نوع العقوبة التى يحكم بها عليه فى حالة ادانته ، ومداه • وبعبارة أخرى ان القانون العقابى هو الذى يحدد الافعال المحظورة التى يجب على الافراد تركها ، وهو الذى يفرض عليهم أحيانا نوع السلوك الذى يجب عليهم أن يسكوه ويحدد العقوبة عند عدم انصياعهم لاوامره ونواهي •

I

ونستطيع ان نوجز أهم نقائص قانون العقوبات البغدادى من الناحية « الشكلية » بما يأتى :

١ - ان تسميته بـ (قانون العقوبات البغدادي) ؛ تلك التسمية التي وضعها القائد العام البريطاني الذي فتح بغداد ، لم تكن مجرد توهم - فيما يخيل الى - بل كانت تحمل بين طياتها اشارة الى تلك الفكرة الاستعمارية التي كانت تجول في أذهان رجال « مدرسة الهند » من مستعمرى الانكليز ، والتي ترمى الى تكوين دويلة من ولاية بغداد وما جاورها ، وضم البصرة والالوية الجنوبية الى الهند مباشرة ، وجعل الالوية الشمالية بالاضافة الى الجزء المجاور من سورية دويلة عربية محرومة من السواحل ، وخاضعة للنفوذ الفرنسي .
فقانون العقوبات « البغدادي » في الحقيقة ، اريد به أن يكون قانونا لولاية بغداد أو « دويلة بغداد » وأن هذا المعنى السياسي البغيض ينفرد به ، حري أن يدفعنا للاسراع بأن نستبدل به قانون عقوبات عراقي . ولا يكفي بحال أن يكون قانوننا العقابي الحالي قد نص في احدي مواده على كونه مطبقا في كافة أنحاء العراق ، بل يجب أن يكون اسمه شاملا لهذا المعنى أيضا .

٢ - ان النص الرسمي لهذا القانون هو النص الانكليزي ، وعيب - كل العيب - أن يبقى قانون مهم ، ومتصل بحياة الافراد اليومية كل الاتصال ، بلغة أجنبية . ومحاولة وزارة العدلية الاخيرة^(١) في اعتبار الترجمة العربية التي أمر بها القائد العام ، نصا رسميا ملزما ، محاولة عاطفية غير موفقة ؛ وذلك لان شراح قانون العقوبات - من عراقيين ومصريين - قد أجمعوا على اعتبار النص الانكليزي هو النص الرسمي ، وعشرات القرارات الصادرة من المحاكم العراقية المختلفة ،

(١) صدر منشور من وزارة العدلية في ١١-٧-٩٥٠ تحت

رقم ١٢٢-٢ .

يما فيها محكمة التمييز ، صريحة في هذا المآل أيضا . بل ان وزارة العدلية ذاتها ، في فترة طويلة من الزمن قد أيدت هذا المعنى بمنشورات عديدة كانت تصدرها بين الحين والحين الآخر تنبه فيها المحاكم الى وجود أغلاط في الترجمة العربية ، وترشد الى وجه الصواب . وغريب جدا أن يعنّ لوزارة العدلية أخيرا ان تعتبر تلك الترجمة نصا رسميا لا يجوز ان يحاد عنها ، وهي تعلم - أو حري بها ان تعلم - بأن النسخة التي امضاها المشرع - أي القائد العام للقوات البريطانية - هي النسخة الانكليزية بطبيعة الحال ، ثم ان النص الانكليزي بقي مطبقا فترة ليست قصيرة من الزمن ، وكان المعول عليه وحده ، الى ان ترجم النص الانكليزي الى اللغة العربية .

ثم ان المادة الرابعة عشرة بعد المائة من القانون الاساسي العراقي التي أيدت القوانين والاحكام السابقة ، قد جاء فيها . بأن جميع البيانات والنظامات والقوانين التي أصدرها القائد العام للقوات البريطانية في العراق ، واحكم العام ، والمندوب السامي و تعتبر صحيحة من تاريخ تنفيذها . فالعبرة أذن بنص القانون حين بدء تنفيذه ، وكان النص ، من دون شك ، باللغة الانكليزية . ويجدر بنا أن نفكر مليا في المشكلات العديدة التي تحدث اذا اعتبرنا الترجمة الاولى لقانون العقوبات البغدادى نصا رسميا ملزما . ان كثيرا من المجرمين سيفلتون من طائلة العقاب ؛ من ذلك مثلا عدم النص في الترجمة العربية على كون المستخدمين مسمولين ، بمواد الرشوة (المواد ٩٠ و ٩١ و ٩٢ و ٩٣) ، وعلى هذا فلا يجب الحكم على شرطى ، مثلا ، أو فرائس بجريمة الرشوة ، كذلك أحكام الاختلاس (المواد ٩٩ - ١٠٣) لا نجد في الترجمة العربية الاولى اشارة الى المستخدمين ، بينما النص

الانكليزي واضح في شموله لامثال هؤلاء • بل اننا اذا اعتبرنا الترجمة العربية نصا ملزما وجب علينا - استنادا الى الطريقة العلمية المتبعة في تفسير النصوص العقابية - أن نسلم بعدم وجود جريمة للاجتماعات المضادة للقانون • لان المواد ٨٤ - ٨٧ تبحث عن (الجمعيات المضادة للقانون) ، و (الاجتماع) غير (الجمعية) كما هو معلوم • بالاضافة الى ما تقدم ، فان أمثلة عديدة على اختلاف ظاهرة بين النصين العربي والانكليزي ، فقد يسهو المترجم عن ذكر ركن أساسي من أركان بعض الجرائم ، أو فقرة خاصة من فقرات المادة بنصها الانكليزي ، كما هو الحال في المادة (٢١٦) التي تبحث في قتل الزوجة أو المحارم أثناء التلبس بجريمة الزنا ، إذ أن النص العربي خلو من عبارة (أو في معاشرة غير مشروعة) بعد عبارة (في حالة التلبس بالزنا) ، بل قد يبلغ الاختلاف بين النصين العربي والانكليزي ، في بعض النسخ العربية الشائعة الى حد الاختلاف في مدة العقوبة •

٣ - ونستطيع أن نعد كثرة التعديلات والذبول التي أصابت قانون العقوبات ، أو اضيفت اليه ، عيا شكليا آخر يتطلب معالجة أساسية باصدار قانون عقابي جديد شامل جامع لمختلف الاحكام العقابية ، ومبوب تبويبا علميا عصريا ، بعد ان يؤخذ بنظر الاعتبار التطور الزمني الذي بلغه المجتمع العراقي خلال زهاء ثلث قرن •

٤ - ان الترجمة العربية الاولى لقانون العقوبات تحتوي على أغلاط عربية فاحشة ، وصياغات ركيكة ، هذا وفي بعض مواد قانون العقوبات ذاته اسهاب في مواضع لا تحتاج الى اسهاب ، وايجاز في محلات أخرى قد يحسن فيها التوضيح ، وضرب أمثلة في بعض المواد مما يخالف القواعد العلمية في التقنين ، هذا بالاضافة الى الكلمات الاعجمية النابية كالسراكي ، والبونات ، والبوسطة ، والتلغراف •

والبوليس ، والشمندورة والنمغات ... الخ • مما يحتم علينا ان نجد
فى وضع قانون عقابى جديد بلسان عربى مبين ، ويكون من الافضل
لو حاولنا توحيد ، أو على أقل تقدير ، تقريب نصوصنا من القوانين
العقابية فى البلاد العربية الأخرى •

٥ - ان فى قانون العقوبات البغدادى الحالى موادا ملغاة صراحة ،
وفيه مواد أخرى قد ألغيت ضمنا بقوانين لاحقة ، كقانون الخدمة
المدنية ، وقانون انضباط موظفى الدولة ، وقانون حمل الاسلحة
النارية ، وقانون المطبوعات وغيرها • وفى القانون اشارات الى مواد من
القانون التجارى العثمانى هى الأخرى قد ألغيت وحل محلها قانون
عراقى تجب الإشارة اليه • وهذا العيب يفرض علينا أيضا المبادرة
لصيغة قانوننا العقابى بشكل منسجم مع قوانيننا الأخرى ، لان تعارض
النصوص القانونية وتشتتها ، بالإضافة الى جعل مهمة دارس القانون
ومطبقه صعبة ، قد يؤدى ، فى أحيان كثيرة ، الى ضياع الحقوق ، أو
افلات المجرم من العقاب •

٦ - وأخيرا نستطيع ان نعد سهو المشرع الذى وضع قانون
العقوبات فى اشارته الى مواد غير المواد التى كان يريد الإشارة إليها ،
عيا شكليا حريا بالمعالجة ، فمن ذلك إشارة المادة (٨٠) من قانون
العقوبات ، والحقيقة ان الإشارة يجب أن تكون للمادة (٨٥) ، كذلك
إشارة المادة (١٧٣) الى المادة (١٥٩) والإشارة الصحيحة يجب ان تكون
للمادة (١٧٠) ، اذ لا علاقة للمادة (١٥٩) بموضوع المادة (١٧٣)
بصورة مطلقة •

كذلك سها مشرع القانون فى أحيان كثيرة عن ذكر بعض
الحالات التى يتطلبها التصنيف المنطقى للنصوص • من ذلك المادة
(١٢٥) ، فقد بحثت الفقرتان ١ و ٢ عن حكم الجريمة المرتكبة من قبل

عشرين شخصا فأكثر والفقرتان ٣ و ٤ بحثتا عن حكم الجريمة المرتكبة من شخص أو شخصين ، ونسي المشرع ان يذكر حكم الجريمة المرتكبة من عدد من الاشخاص يتراوح بين الثلاثة والتسعة عشرة • بل اننا نجد ارتباطا واضحا في تحديد بعض المواد ، ومن ذلك ، أن الفقرة الاخيرة من المادة السابعة قد جعلت الجريمة المعاقب عليها من ثلاث سنوات الى خمس عشرة سنة جنائية ، بينما جعلت الفقرة الاولى من المادة الثامنة الجريمة المعاقب عليها من ستة أشهر الى ثلاث سنين جنحة ، الامر الذي يجعل الجريمة المعاقب عليها بثلاث سنوات فقط جنائية ، حسب حكم الفقرة الاخيرة في المادة السابعة ، وجنحة حسب حكم الفقرة الاولى من المادة الثامنة ، وهذا عيب في الصياغة تكرر في أكثر من مادة من مواد قانون العقوبات •

II

أوجزنا من قبل أهم نقائص قانون العقوبات البغدادى من الناحية الشكلية ونلم هنا بأهم النقائص الموضوعية على الوجه التالى :

١ - وأول هذه العيوب تسوية هذا القانون بين « ملك العراق » و « المندوب السامى البريطانى » فى كثير من المواد ؛ اذ جعل العقوبة واحدة للجرم المرتكب ضدهما ، ومن ذلك المادة (٩) و (١٠) من الباب الثانى عشر • كذلك سوت كثير من المواد بين القوات العسكرية العراقية ، والقوات المسلحة التى تقوم الحكومة البريطانية بشؤونها فى العراق ، فى الحكم ، ومن ذلك المواد (١٥) ، (١٦) ، (١٧) ، (١٨) ، (١٩) من الباب الثانى عشر • وهذا الوضع يتنافى مع استقلال البلاد كل المنافاة ؛ وزوال منصب المندوب السامى فى العراق بزوال الانتداب ، لا يكفى لابطال صراحة تلك التصوص المعيبة ما دام نصها

الرسمى باقيا يحمل طابع المساواة بين رئيس السلطة الاجرائية الاعلى الذى هو رأس الدولة المصون وغير المسؤول ، بحكم الدستور ، وبين شخص أجنبى كان مجرد وجوده امتهانا للبلاد فى كرامتها ، وانتقاصا من استقلالها •

والاغرب من ذلك أن تبقى نصوص قانون العقوبات الى اليوم بحيث ان أمورا كثيرة لو افشيت الى بريطانية أو الى الجيش البريطانى فى العراق ، لا تعتبر جريمة ، ولكنها لو افشيت الى مصر أو سورية ، أو الى أى من الجيشين المصرى أو السورى ، لاعتبر مرتكبها مجرما تجب معاقبته ، واحسب انى فى غنى عن البيان بأن العزة القومية ، والمصلحة الوطنية ، تفرض علينا ان نسرع فى القضاء على امثال هذه النصوص المشينة التى هى بالاضافة الى مساسها بالشعور القومى ، ومخالفتها لمبدأ سيادة الدولة ، تعارض أيضا المبادئ القانونية السليمة كل المعارضة •

٢ - فى القانون العقابى الحالى نصوص تخالف المبادئ العلمية والنظريات القانونية الحديثة ، ومن ذلك مثلا المواد المتعلقة بـ « الاتفاق الجنائى » المواد (٦١ - ٦٣) بل ان هذه المواد لتعارض المبادئ التى قبلها قانون العقوبات البغدانى ذاته فى بحث « الشروع » • ان بعض القوانين العقابية الاجنبية قد عاقبت على الاتفاق الجنائى ولكنها جعلته قاصرا عن بعض أنواع الجرائم الخطرة الصادرة من هيئات سرية منظمة ، وعلى العموم فلا يعاقب على الاتفاق ما لم يكن ذلك الاتفاق قد وقع على سلسلة من الجرائم المهمة المقلقة لكيان الدولة وأمن المجتمع • ولكن الاطلاق الوارد فى نصوصنا الحالية قد غالى الى حد بعيد ، حتى ليصح القول بأن مجرد اتفاق (أ ، ب) على سرقة دار (ج) يعتبر اتفاقا جنائيا حتى ولو لم يتخذ أى من (أ) أو (ب) اى عمل

تحضيرى فى سبيل تنفيذ هذا الاتفاق • ثم ان المواد المتعلقة بعقود الخدمة ، هى وان لم تطبق كثيرا ، ولكن مجرد النص عليها فى قانون العقوبات لا يتفق مع القواعد العلمية • ثم أن بعض مواد قانون العقوبات البغدادى غير عملية كالمادة (١٠٦) الباحثة عن معاقبة الحاكم الذى يصدر حكما يثبت انه غير عادل بناء على توسط مكلف بخدمة عامة • فكيف يثبت ان الحكم غير عادل ؟ وبعض هذه المواد يخالف القواعد المدنية المقبولة كالمادة (١٥٢) المتعلقة بقرارات الخصوم فى المحاكم المدنية ، واعتبار ما كان كاذبا منها وماسا بموضوع الدعوى جريمة ، وكالمادة (١٥٠) التى أشارت الى (رد اليمين) اذ أن أصول محاكماتنا الحقوقية تجيز توجيه اليمين على المنكر ، وليس فيها ، ولا فى الاحكام الاصولية التى نصت عليها المجلة ، ما يجيز رد اليمين ؟ وعلى ذلك فمن غير المتصور وقوع هذه الجريمة (١) •

٣ - ان كثيرا من نصوص قانون العقوبات البغدادى لا تتفق مع روح المجتمع العراقى وطبائع اهله بحال من الاحوال ؛ فمن ذلك انه يعتبر من يقتل ابنة عمه مثلا وهى متلبسة بجريمة الزنا قاتلا قصدا ، بل انه يعتبر من يقتل شريك زوجته فى جريمة الزنا قاتلا قصدا ، وأن قتل زوجته وشريكها وهما متلبسان فعلا بالزنا ، كما انه باعتباره لجريمة زنا الأزواج فى منزل الزوجية من جرائم العادة (المادة ٢٥١) خروج على روح المجتمع وطبائع أهله ، ولاشك فى ان هاتين المادتين وامثالهما مستوردة من القانون الفرنسى ، وروح المجتمع الغربى دون مراعاة لحالة المجتمع ، ولا تقدير لشعور أفراد ، وتقاليدهم •

٤ - ومن عيوب قانون العقوبات الاساسية انه لم يميز بين

(١) أصبح وقوع هذه الجريمة ممكنا بعد صدور القانون

المدنى •

الجريمة السياسية والجريمة العادية ، على الرغم من ان كثيرا من قوانيننا بما فيها القانون الاساسى ، قد اشارت الى ذلك ، ولو اشارات مقتضبة .

أن قانون ادارة السجون الصادر سنة ١٩٣٦ وأن ميز بين معاملة السجين السياسى والسجين العادى ، ولكنه ترك أمر تقرير نوع الجريمة منوطا برأى وزير العدلية ، بعد استشارة ديوان التدوين القانونى ، وفى هذا تمكين لتدخل السياسة بشؤون كان الاجدر والاصون لحقوق الافراد ، ان تناط بهيئة محايدة هي الهيئة القضائية . ولا احسب ان القارىء بحاجة الى أمثلة للتدليل على خطورة هذه القضية ، ومدى امكان اساءة استعمالها . والقوانين العقابية الحديثة تميز تميزا واضحا بين المجرم العادى والمجرم السياسى ، وتجعل أمر هذا التمييز منوطا بالقضاء ، والمجرم السياسى فى الغالب الاعم شخص مثالى تدفعه عقيدته وشعوره لخدمة الصالح العام - كما يتصوره - لارتكاب ما يرتكب من أفعال قد تقع تحت طائلة العقاب .

٥ - ونستطيع ان نعد من نقائص قانون العقوبات البغدادى وعيوبه الظاهرة ، انه يشدد فى أحيان كثيرة فى عقوبة بعض الجرائم ، ويلين بالنسبة لآخرى دون وجود سبب واضح للتشديد أو التخفيف . وكثيرا ما يضع مواد متفرقة لجرائم متماثلة ، وكثيرا ما يفرع المادة الى فقرات ، ويجعل العقوبة واحدة . وهذا النقص فى الصياغة عيب واضح لكل من درس هذا القانون أو طبقه ، ولذلك لا احسب انى بحاجة لضرب الامثال .

٦ - ان فقدان التوازن الصحيح بين عقوبتى الغرامة والحبس من نقائص قانون العقوبات الواضحة ، وينجلي هذا من عقوبة السجن التى تفرض كعقوبة بدلية عن الغرامة ، ومرجع هذا النقص اختلاف

الايوضاع الاقتصادية وارتفاع مستوى المعيشة ارتفاعا كبيرا ، مما يحتم علينا ان نضع مقاييس جديدة بعد ان يؤخذ الوضع الاقتصادي ، والحالة النقدية الراهنة ، أساسا لمقاييس العقوبات المالية .

٧ - وعندى ان بعض نصوص قانون العقوبات البغدادي قد تشجع على الاجرام ومن ذلك المادة (٢١٢) المتعلقة بالقتل قصدا ، فقد ثبت ان كثيرا من المجرمين يقدمون على ارتكاب جريمة القتل وهم ، لحد ما ، متأثرون بشعور سابق كامن في قرارات نفوسهم ، وهو انهم لن يقتلوا جزاءً وفاقا لفعلتهم الشنعاء . ان نسبة جرائم القتل التي تحدث في العراق نسبة مروعة ، ومع فقدان الاحصاءات الدقيقة الكاملة فستطيع ان نقول ان الخط البياني سائر للارتفاع ، مما يدعو الى التفكير العميق في مكافحة هذه الجريمة الخطرة . ومن ناقلة القول ان أكرر هنا بأن العوامل التي تدفع المجرمين لارتكاب أمثال تلك الجريمة البشعة عديدة ، ومتنوعة ، وان التأثيرات الاجتماعية ، والثقافية ، والاقتصادية ، لا يمكن التقليل من شأنها ، ولكن مما لا شك فيه أيضا ، بأن لتفاهة العقوبة لجريمة القتل قصدا شأنًا في ازدياد نسبة هذه الجريمة في العراق بصورة خاصة . وانه لمن الاجدر ان نسوي بين حكم القانون وحكم الشريعة في هذا الشأن ، وان نطرح التقسيم النظري الذي وضعه فقهاء فرنسا للتمييز بين القتل قصدا والقتل قصدا مع سبق الاصرار جانبًا ، ما دام في القانون مخرج من تنفيذ عقوبة الاعدام في بعض الحالات التي تستدعي ذلك ، والاكتفاء بحكم المادة (١١) من قانون العقوبات التي تجيز للمحكمة ، ان رأّت ظروف القضية تستدعي الرأفة ، ان تستبدل بعقوبة الاعدام عقوبة الاشغال الشاقة المؤبدة . ولعل من الطريف ان نعلم بأن حكم القانون

الانكليزي كالشريعة الاسلامية ، اذ لا يقيم وزنا للتفريق النظري بين القتل قصدا والقتل قصدا مع الاصرار ، ويجعل عقوبة القتل القصدي - مع بعض الاستثناءات - الاعدام^(١)

وما دنا في هذا الصدد فيجدر بنا أن نشير الى لزوم العمل على تقريب أحكام قانوننا العقابي بصورة عامة من احكام الشريعة الاسلامية ، ما وجد مجال للتقريب ، وقد آن لنا أن نتحرر من سلطان الفقه اللاتيني ، وبعض مبادئ الثورة الفرنسية ، وأن نرجع الى أنفسنا وفقها ، وانا لواجدون الشيء الصالح الكثير ، وان الدراسة المقارنة القيمة التي قام بها أحد قضاة مصر الافضل « الاستاذ عبدالقادر عودة » صاحب كتاب التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي « قد دل دلالة واضحة على سبق التشريع الاسلامي في الناحية العقابية أيضا ، وتقدمه في كثير من المواضع والنظريات التي كان الكثيرون منا يزعمون - الى وقت قريب - بانها من نتاج قرائح فقهاء الغرب ومفكره

٨ - وحرى بنا أن نعالج الموضوع الخطير الذي نص عليه قانون ذيل قانون العقوبات البغدادي رقم ٥١ لسنة ١٩٣٨ والذي عاقب فيه المشرع العراقي الداعين للشيوعية والفوضوية والاباحية فبالإضافة الى ارتباك صياغة أحكام هذا الذيل ، وتفسيره الاشتراكية البلشفية (بالشيوعية) أي انه اخرج الدعوة الى المونوشستية من العقاب ، واستعماله لكلمتين (جذ) و (روج) وهما في الواقع مترادفتان ، وعطفه بواو العطف بين كلمات الاشتراكية البلشفية والفوضوية والاباحية ، وكان الاجدر أن يعطف (بأو) لان الواو يفيد

(١) أصاب هذه القاعدة تعديل في انكلترا ، اذ منع الحكم بالاعدام . ومع ذلك فقد لوحظت زيادة في جرائم القتل ، وهناك دعوة لاعادة القاعدة الى سابق عهدها .

الجمع ، و (أو) تفيد التردد ، وكذلك بالاضافة الى الغموض الوارد في عبارة (وما يمانها) مما يفتح باب الاجتهاد واسعا ، وهذا لا يجوز في النصوص العقابية ، أقول بالاضافة الى ما تقدم من نقص في الصياغة الفنية ، فإن المعاقبة على الدعوة لافكار سياسية معينة - مهما كانت متطرفة - موضوع تساؤل شديد بين المفكرين • ونحن اذا ما تركنا روسيا وبولونيا وتشيكوسلوفاكيا ويوغسلافيا وغيرها ، من الدول ذات الحكومات الشيوعية جانبا ، ونظرنا الى الدول الغربية الديمقراطية ، وجدنا أن الشيوعية كعقيدة سياسية واقتصادية معترف بها ، ولها أحزاب مهمة في فرنسا وايطاليا وبلجيكا وغيرها ، وهي مثثلة تمثيلا في برلماناتها • وعلى الرغم من عدم فوز الشيوعيين في أى من المقاعد الانتخابية في انكلترة أخيرا - وسبب ذلك يرجع بالدرجة الاولى الى طريق الانتخابات البريطانية القائمة على نظام المنطقة الانتخابية الضيقة - فإن الحزب الشيوعي معترف به في انكلترة وله صحيفة يومية تنطق بلسانه ، وتروج لمبادئه • وعلى العموم نجد ان العالم العربى اليوم يعتبر الشيوعية مذهبا سياسيا واقتصاديا يحق لمعتقيه أن يبشروا به ، ويدعوا اليه ، ضمن أحكام القوانين العامة المرعية ، كما يسمح للأحزاب السياسية والكتل الاخرى ، سواء بسواء • وعلى هذا فمن العسير جدا تبرير اعتبار الدعوة الى الشيوعية والحالة هذه ، جريمة يعاقب عليها مرتكبها بعقوبة الجناية ، على أساس ديموقراطى حر •

وقد يكون مستساغا - وضروريا في بعض المجتمعات - معاقبة الداعين لافكار معينة قد تؤدي الى البلبلة التامة ، أو اضعاف الولاء بين القوات العسكرية وقوات الشرطة ، أو التوغل في مجتمعات الاحداث وطلاب المدارس • أما معاقبة من يدعو بالطريقة العلنية

الاعتيادية لفكرة من الافكار لمجرد دعوته تلك ، فأمر غير منطقي
على أقل تقدير .

ومهما يكن من أمر فإن من الثابت اليين بأن أى فكرة من
الافكار لا يمكن القضاء عليها بمجرد شجبها ، ونعتها بالنعوت المزرية ،
« كالهدم » و « التخريب » و « الاباحية » ، ولا يفرض العقوبات
الصارمة على معتققيها والداعين اليها ، بل لابد من مقارعة الحججة
بالحجة ؛ وفسح المجال الحر لبيان من ما فى تلك الدعوات من زيغ
وانحراف .

وحرى بنا أن نعلم بأن لا سبيل للقضاء على الشيوعية ، وعلى كل
الآفات الاجتماعية والسياسية الاخرى ، الا بالقضاء على أسبابها الاصلية ،
وعوامل انتشارها ، وما لم نحارب الجهل والمرض والفاقة والاستئثار
والاقطاع والاستغلال الفاضح ، فلا سبيل للقضاء على الشيوعية وغيرها
من الآراء المتطرفة . وأفضل من نصوص القوانين العقابية ، وأفضل
من المقاومة للشيوعية ، تربية الاجيال الناشئة على مبادئ قومية ، ونشر
الروح الدينية السامية ، والقضاء على عوامل الانحلال والتسيب
الخلقى .

اننا لا نستطيع مثلا ان نقطع دابر مرض التراخوما بمداواة كل
المصابين ، أو عزلهم ، أو حتى ابادتهم ، ما دام مكروبها مبثوثا فى
الارض ومنتشرا بالتراب ، وموطننا بين ظهرانينا . لابد للقضاء على هذا
المرض من القضاء التام على مراكز استيطانه ، وعوامل انتشاره ،

وأسباب عدواه • ويحسن بنا أن نتذكر بأن قاعدة « الوقاية خير من العلاج » قاعدة واجبة الرعاية في الامراض الاجتماعية قدر وجوبها في الامراض الجسدية •

ولولا خشية الاسهاب والخروج بعض الشيء عن طابع هذا المقال ، لقلت بأن الطريق الفعال المجدى لمقاومة الشيوعية ، بالاضافة الى ما تقدم ، هو مقاومة جميع الافكار الغربية الوافدة الينا والتي تخالف طبائعا وعقائدا ، ومكافحة الاستعمار الاجنبى ، بسختلف صورته وأشكاله ، محاربة لا هوادة فيها • وليست الشيوعية ، فى حقيقتها النهائية ، الا مظهرا من مظاهر الفلسفة المادية التى تدين بها أوروبا ، شرقها وغربها •

وعلىنا أن نعلم بأن تخاصم الدول الشيوعية مع الدول الديمقراطية الغربية ، ليس هو بالدرجة الاولى ، تعارض مبادئ ، واختلاف عقائد ، قدر ما هو تباين مصالح واختلاف منافع ، وحشما تتقارب تلك المصالح ، وتتوحد تلك المنافع ، نجدهما متحالفين متعاونين •

٩ - وأخيرا فأن من نقائص قانون العقوبات الحالى هو حشر كلمة « الصهيونية » فى الفقرة الاولى من المادة الاولى من ذيل قانون العقوبات حشرا بعد كلمة الاباحية ، وذلك بموجب التعديل الصادر سنة ١٩٤٨ ، فقد أضع هذا الوضع قيمة هذه الجريمة الخطيرة التى لا يهدد مجرموها الكيان العراقى فحسب ، بل انهم ليكونون خطرا حقيقيا دائما على الامة العربية بمجموعها • وقد صار لزاما علينا ان نضع أحكاما واضحة فى قانوننا العقابى تعاقب فيها على الاجرام

الصهيوني ، وتحدد الافعال التي تعتبر دعوة لاسرائيل وخدمة لمصالحها .
ان أحكامنا الحالية معيبة لانها حينما تعاقب من يجذب الصهيونية
لا تعاقب من يعمل لخدمة اسرائيل ويساعدها اقتصاديا أو ماليا ، بل
ليس في قوانيننا الحالية ما يجعل من اذاعة الاراجيف التي تبثها اسرائيل
- أخطر أعداء العرب وأشدّهم مكرًا - جريمة يعاقب عليها .

هذه بعض أوجه النقص البارزة في قانوننا العقابي الحالي اريد
بها التمثيل ، ولم يقصد بها الحصر التام والتقصي الشامل الدقيق . وعسى
أن توفق الهيئات المختصة عند مباشرتها في اصلاح القانون العقابي ،
الى ملاحظة جميع النقائص العديدة الموجودة في قانوننا العقابي لتحقيق
بذلك أجل تشريع تحتاجه البلاد فعلا^(١) .

(١) لقد تداركت اللجنة التي وضعت مشروع قانون العقوبات
(وكنّت احد اعضائها الذين عملوا فيها في كل المراحل) معظم النقائص
الشكلية التي أشير اليها في القسم الاول من هذا البحث ، كما
تداركت قسما لا يستهان به من النقائص المادية التي أشير اليها في
القسم الثاني منه ، وخاصة التفريق بين الجرائم السياسية والعادية ،
كما وضع ما يقتضى لجعل الصهيونية ومساعدة اسرائيل جريمة . ومع
ذلك فلم يقبل معظم اعضاء اللجنة الدعوة التي دعوت اليها في الغاء
التفريق بين القتل قصدا والقتل قصدا مع سبق الاصرار ، وذلك
لظروف اجتماعية وتنافيه . وعلة الذين يرون الابقاء على التفريق الحالي
لا تخلو ، بطبيعة الحال ، من وجاعة . ولكنني لم ازل اعتقد جازما
بأن عدم التفريق في ظاهر النصوص مفيد بعض الشيء في تخفيف
نسبة جرائم القتل الآخذة في الازدياد .

وعلى كل حال فلم يتم تشريع ذلك المشروع ولعله سيعرض على
المجلس الجديد الذي تم اخيرا اختياره ، وقد يوفق لتدارك بعض اوجه
النقص الاخرى التي لم نزل في المشروع فيما يخيّل الي .

ولست أدري ألا يعتبر مرور ثلث قرن أو يزيد على تكوين الدولة العراقية ، كافيا لتوافر الاشخاص اللازمين ، ووجود الوقت الكافي ، لمراجعة قانون العقوبات - ذلك القانون الذي أريد به ان يكون وقتا لتيسير مهمة الاحتلال - مراجعة جدية شاملة ، تلك المراجعة التي أشار بلزومها واضع القانون نفسه ؟؟؟....

(٨)

بعض خصائص التشريع الاسلامى *

ليس من السهل استخلاص الميزات العامة التى يمتاز بها التشريع الاسلامى من دون دراسة وافية لمختلف نواحيه من الوجهات التاريخية ، والقانونية والاجتماعية . ولكن الناظر الى أسس هذه الشريعة وقواعدها يبصر وهلة بعض الخصائص التى امتازت بها ، وطبعت بطابعها . على ان تقدير هذه الخصائص حق قدرها لن يتأتى على الوجه الاكمل ، الا بدراسة مقارنة عميقة للشرائع الاخرى التى سبقتها أو عاصرتها أو تخلفت عنها . ويخال إلي أن فائدة هذه الدراسة المقارنة لن تقتصر على فتح مجالات جديدة للبحث ، وتوسيع افق المعارف القانونية فحسب ، بل انها ، فوق ذلك ، سترينا بجلاء فضل الشريعة الاسلامية وجدارتها لأن تكون فى الطليعة بين الشرائع الحالدة .

وانها لفرصة سعيدة يتيحها لي شهر مولد صاحب هذه الشريعة لاعلان بعض خصائصها على صفحات مجلة القضاء الغراء ، اعلنها على انها آراء قابلة للبحث والمناظرة - كما يقول المحدثون - وانى لاشعر سلفا بحاجة هذه الآراء الى الافاضة والاسهاب ، ورجائى أن أوفق فى العودة اليها - أو الى بعضها على الأقل - فى أعداد أخرى .

* نشر هذا المقال فى العدد (٢) من مجلة القضاء لسنة ١٩٤٤ ص (١٣٢) .

١ - واول طابع تتميز به الشريعة الاسلامية عن سواها - من الشرائع الحديثة خاصة - هو مزجها بين فكرتي « الدين » و « القانون » . وهذه الحقيقة على شدة ظهورها خفيت على كثير من الباحثين من شرقيين وغربيين وأوقعتهم فى أخطاء فادحة . وعلة ذلك فيما أرى ، الخلط بين مفهوم الدين لدى الغربيين ومفهومه عندنا . ذلك لان الدين عندنا لا يقتصر مداه على الامور التى تتعلق بخالص العقيدة ، وشؤون العبادة ، بل انه ينظم كل ما يتصل فى هذه الحياة والحياة الاخرى على حد سواء . وبعبارة ثانية فان مهمة الدين الاسلامى ليست مقصورة على تنظيم علاقة الفرد بربه ، بل انها تشمل أيضا علاقة الفرد بأخيه الفرد ، والفرد بالجماعة ، والجماعة بالجماعة الاخرى .

ان هذا الشمول فى طبيعة الشريعة جعلها تعنى بكل ناحية ، مهما دقت ، من نواحي الحياة . ولذا نراها قد وضعت القواعد والاحكام مذ حين يصبح الانسان مضغطة فى رحم أمه ، الى أن يحشى التراب على قبره . كما انها وضعت القواعد اللازمة لتحديد حقوق الفرد وواجباته تجاه الهيئة العامة . ان لاختلاف مفهوم الدين عندنا عن مفهومه لدى الغربيين أثرا واضحا فى سعة الدراسة الدينية ومداه بالنسبة للشريعة الاسلامية . فبينما تقتصر الدراسة الدينية فى الغرب على ذات الاله وصفاته وما يتعلق بالامور الروحية والتعبدية ، نرى ان الدراسة الدينية عندنا أوسع من ذلك بكثير ، وليس أدل على هذا من اعتبار الفقه - وهو علم بالمسائل الشرعية العملية - قسما من الدراسة الدينية . بل ان فى كلمة « فقه » ذاتها من شمول المعنى ما لا يوجد

فى مقابلاتها باللغات الغربية ؛ اذ ان هذا المصطلح يشمل لغة مطلق المعرفة ، لان الشريعة مصدر المعارف ، والاحاطة بأحكامها احاطة تامة ، تبرر الادعاء بمطلق العلم .

يتضح جليا من هذا ان « الدين » و « القانون » فى أصل نظريتنا يستقيان من معين واحد ، ويرميان الى هدف واحد ، اعنى تنظيم حياة الفرد والجماعة تنظيما يضمن لهم السعادة فى دنياهم و اخراهم ، ويحقق بينهم الحياة الفاضلة ، ما وجد سبيل الى ذلك .

٢ - وما دام القانون والدين مرتبطين ومترجين فى أسس شريعتنا فقد نتج عن ذلك امتزاج مفهوم « القانون » « بالاخلاق » ايضا ، امتزاجا يكاد لا يبقى لهما وجودين مستقلين . وهذا بطبيعة الحال لا يعنى ان كل قواعد الاخلاق تعد قواعد قانونية ايجابية ملزمة ، وانما المراد به ان ليس هناك احكام قانونية اسلامية قائمة بذاتها مجردة عن صفتها الاخلاقية . والقاعدة القائلة « انما الاعمال بالنيات » قاعدة خلقية فى الاساس ولكنها أصبحت من امهات قواعد تشريعا . وهذا الارتباط الشديد بين « القانون » و « الاخلاق » اكسب الشريعة الاسلامية جلالا تغبطه عليه أكثر الشرائع وخلصها من كثير من قسوة القواعد القانونية المجردة التى تجعل حدودا فاصلة واضحة بين قواعد الاخلاق واحكام القانون . وهذا الارتباط قد انجاها ايضا من صرامة الشكليات والمراسيم التى ارهقت كثيرا من الشرائع قديما وحديثا . ولم تقترب بعض الشرائع الحديثة من الكمال الممكن الا بتضييقها منطقة النفوذ التى تعزل نطاق القانون عن حيز الاخلاق .

٣ - وبالنظر لهذا الاشتراك الواسع ، بل هذا الامتزاج القوى ، بين القانون والاخلاق فقد نتج امتزاج آخر بين « قواعد القانون » و

« احكام العدالة » ؟ على حين ان هذا التفريق كان موجودا فى القانون الرومانى ولا يزال موجودا فى القانون الانكليزى حتى اليوم . ذلك لان احكام القانون الوضعى تكون فى العادة قاسية ومجردة فى الغالب عن الصفة الخلقية ، فصار من اللازم ايجاد قواعد اخرى تخفف من شدة وطأة القانون وصرامة احكامه ، وتقربه من قواعد العدل والانصاف ، ولهذا وجدت احكام (البريتور)^(١) عند الرومان ، ولهذا ايضا وجدت محاكم العدالة او الضمير^(٢) عند الانكليز . أما القانون الاسلامى ، او الشريعة ، فهى فى اصل نظريتنا تستند الى فكرة العدل ، والحكم القانونى غير العادل لا يعتبر حكما قانونيا أصلا لانه ينافى الشريعة من حيث الاساس^(٣) .

٤ - وبالرغم من غاية الشريعة الاسلامية بالفرد ، واعترافها بكيانه المستقل ضمن حدود ، فانها فى طابعها العام شريعة « جماعية » لا فردية . واعنى بهذا ان الهدف الذى ترمى اليه دائما وابدا هو خير الجماعة ، وصالح الكل ، قبل صالح الفرد . وهى بهذا الاعتبار قريبة جدا مما تقول به بعض المذاهب الاشتراكية التى قد تغالى فتتكبر وجود الفرد أصلا . وأستطيع ان اضرب أمثلة عديدة تظهر هذه الحقيقة بجلاء ولكنى اكتفى بالنزر اليسير . فقريها لزوم تحمل

(١) Praetor حاكم قضائى وجد فى روما لتطبيق القانون المدنى الرومانى ثم اعطى سلطة تشريعية استعملها لتخفيف شدة القانون .

(٢) The Court of Conscience

(٣) ومع ذلك فقد تسربت فكرة التمييز بين القانون والعدل عندنا حين صار بعض الفقهاء يفرق بين ما يجوز قضاء ولا يجوز ديانة .

الضرر الخاص في سبيل الضرر العام ، وتسليمها بمبدأ حجر السفيه لمصلحة عائلته والهيئة الاجتماعية ، وتحديد الوصية حفظا لمصالح الورثة ، ووضعها احكاما شاملة للميراث ، وقولها بالمصالح المرسله ، كلها ادلة ناصعة على طابعها الجماعي .

٥ - وكتيجة لطابعها الجماعي وصفتها الخلقية فان الشريعة الاسلامية تمزج الى حد كبير بين فكرتي « الحق » و « الواجب » . فاذا كان من حق الانسان ان يطالب بماله المقصوب فان من واجبه ان يفعل ذلك ايضا لان في ترك الغاصب وشأنه تشجيما له على التعدي والتمادي في الباطل ، وتشجيع المعتدين منكر واجب الفرد الصالح ان ينهي عنه . ولئن كان من حق الانسان ان يطالب مدينه بدينه ، فان من واجبه ان لا يرهقه في هذه المطالبة ايضا . بل ان من واجب الدائن ان يطالب مدينه لئلا يضيع حقه وحق غيره ممن يعتمد عليه . ومن نتائج امتزاج الحق بالواجب وضعت الشريعة قيودا على تصرفات الشخص بملكه ، وانكرت الحق المطلق في الملكية والتصرف ، ووضعت الاساس لنظرية « اساءة استعمال الحق »^(١) ، تلك النظرية التي ظنها الكثيرون من مبتدعات شرائع الغرب وهي في اصلها اسلامية كما قرر بعض فقهاء الغرب انفسهم . ونستطيع ان نقول ان الشريعة الاسلامية تفرض وجود واجب ضمنى في كل حق ظاهر ، ولذا اجازت حجر الشخص المبدد لامواله ، أى الذى يريد ان يتمتع بحق مطلق في ملكه وعدته سفيفا قاصرا اوجبت عليه الرقابة ، وهذا منطبق تمام الانطباق وفلسفة الشريعة لانها تعتبر التصرف في المال حقا وواجبا في ذات الوقت .

(١) اخذ بهذا المبدأ القانون المدني العراقي اخيرا .

وهذا التداخل بين الحق والواجب شبيه - لحد ما - بما تقرره
« نظرية التضامن الاجتماعى »^(١) التى قال بها الفقيه الفرنسى المشهور
« دو كى »^(٢) ، وهو قريب أيضا من مفهوم الحق فى فلسفة الفيلسوف
الالمانى الشهير « كانت » .

٦ - وعلى الرغم من اصلها الدينى ، وتقيدها بأصول وقواعد
لا تقبل التغيير ، - تلك القواعد التى هى اقرب ما تكون الى احكام
القانون الطبيعى ، ومبادئ العدل المطلق - فان الشريعة الاسلامية
شريعة حرة الى اقصى حدود الحرية ، وتقر التطور الى حد بعيد .
وهذه الحرية التى امتازت بها الشريعة الاسلامية جعلت البعض من
نقاد الغرب يصممها تجنباً بالدعوة للفوضى والانحلال .

ان لاعتبار القاعدة التالية القائلة « بان الاصل فى الاشياء
الاباحة » اهمية عظيمة فى التشريع الاسلامى وهى فى هذا الصدد
على خلاف مع كثير من الشرائع القديمة التى تعكس حكم هذه
القاعدة تماما . وعلى هذا سميت تلك الشرائع بالثابتة والمحافظة
واعتبرت الشريعة الاسلامية من الشرائع المتقدمة المتطورة على حد
تصنيف الفقيه الانكليزى المشهور (السير هنرى مين) . واستطيع
ان أدلل على هذه الصفة بآيات واحاديث صحيحة عديدة ولكنى
اكتفى بآية وحديث (ما جعل الله عليكم فى الدين من حرج) الآية

(١) Solidarite' sociale

(٢) (Duguit) أنظر بحثا قيما عن فلسفته القانونية

كتبه الاستاذ « لاسكى » ونشر فى ص ٥٢ - ٦٧ من كتاب Modern
theories of Law ان دو كى ينكر اصلا وجود الحق الشخصى فى
المجتمع وهو يؤكد وجود الواجب فقط .

(يسروا والا تعسروا) الحديث ، للاستدلال على صفة الحرية هذه
تاركا لمن يريد المزيد الرجوع الى امهات كتب الفقه وأصول الفقه .

ثم ان اعطاء الشريعة للعرف المتفق عليه قوة القانون ، وتقريرها
« بان ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » ، وتحكيمها للعادة ،
واعتبارها القياس ، (وهو وسيلة الاجتهاد الفعالة) مصدرا من مصادر
التشريع ، وفتحها باب الاجتهاد - لمن توفرت فيه شروطه - على
مصراعيه ، وذهاب بعض الفقهاء الى مساغ الاجتهاد حتى في مورد
النص ، كل اولئك ادلة ناصعة على ما امتازت به الشريعة من الحرية .

بل ان تشدد فقهاء المسلمين في لزوم انطباق الايجاب على
القبول انطبعا تاما لم يكن الا نتيجة للمبالغة في حرية الارادة اللازمة
في تكوين العقود الصحيحة . وعندى ان ذهب بعض الفقهاء الى
جواز ترك القياس الظاهر (متى ما ادى الى شدة لا تناسب ومبدأ
الحسنى وامتناع الحرج) ، والاخذ بالقياس الحنفى - على حد تعبير
الاصوليين - أى « الاستحسان » ، لدليل ساطع على ما امتازت به
الشريعة من حرية وايمان بالتطور لا يجارى .

هذه بعض خصائص الشريعة الاسلامية ، وهى لا تنفد الحصر
ولا الاطلاق ولكنها خصائص من الحق على من يدرس هذه الشريعة
ان يدركها قبل الحكم لها أو عليها .

وانه لمن المؤسف حقا ان تستحيل هذه الشريعة الفذة المبدعة الى
العقم والجمود الذى جاءت للقضاء عليه . وعلة ذلك - فيما ارى -
لا ترجع الى وهن فى الشريعة ذاتها ، بل الى عوامل عديدة خارجة
عن نطاقها . ذلك لان الشريعة - كاللغة وككل كائن حي - تتقدم

بتقدم المجتمع العام وتنحط بانحطاطه ، وان المصائب الجمة ؛ من فقر ،
وجهل ، ومرض ، وهوان ، وظلم ، التي مرت على الامة العربية
طوال القرون السحيقة ، قد اوهنتها وافقدتها بهجتها ، وجعلت
مقومات حضارتها تظهر في أعين الناس واهية هزيلة •

ومتى دبت الحياة ، وظهرت القوة - بكل معانيها - في جسم هذه
الامة ، وعرفت قدر نفسها ، ظهر من جديد جمال شريعته ، وانبثق
نورها وجلالها •

(٩)

مبدأ العدالة في القانون الانكليزي والشريعة الاسلامية*

ما هو العدل ؟

« العدل هو ان تغفو عن خطايا البشر وزلاتهم ، وان تتحرى قصد المشرع لا القانون ، وروح الاحكام لا الفاظها ، والنية لا الفعل الظاهر ، والكل لا الجزء ، وان تعقب تسلك الشخص المطرد لا سلوكه الآني ، وهو ان تذكر الاحسان لا السوء ، والخير الذي أصب لا الفضل الذي فعلت ، وان تتحمل الاذى ، وترغب في فض الخلافات بالسلم لا بالعنف ، وهو في الاخير ، تفضيل التحكيم على القضاء ؛ ذلك لان المحكم يتجه الى ما هو عادل (Equitable) بينما يتقيد القاضي بما هو قانوني (Legal) ؛ وعلى هذا وجد المحكم في المجتمعات اولا لكي تزدهر به العدالة وتنمو » .

لم يجد « ارسطو » بعقله الجبار ، وفلسفته العميقة ، تعريفا للعدالة أوجز أو أدق من هذا التعريف الذي تلوته عليكم مقتبسا من كتابه « الاخلاق » . ولست أحسب ان « ارسطو » قد وفق الى تعريف « العدالة » تعريفا جامعا مانعا - على حد ما يقول المناطقة - ، ولكني

* محاضرة عامة كنت قد القايتها في قاعة كلية الحقوق في مطلع عام ١٩٤١ ونشرت في العدد (٣) من مجلة الحقوق .

أعتقد ان احدا من الناس غيره لن يوفق ، فى هذا السبيل ، الى اكثر مما وفق اليه ذلك الفيلسوف الاغريقى العظيم •

ذلك لان من أشق الامور على الباحث وضع التعاريف ، خاصة فى المسائل المعنوية التى يشعر بها الانسان ، ويتحدث عنها كل يوم ، بل وفى كل ساعة من حياته ، ويحسبها اوليات مسلما بها ، وبديهيات ليس عليه ان يرهق نفسه فى اثباتها أو تحديدها ، وهى فى واقع الحال ليست كما زعم وتوهم • فالناس فى كل زمان وفى كل مكان ، فى الشرق وفى الغرب ، فى السلم وفى الحرب ، يتحدثون عن « العدل » و « الحق » ويرددون أمثال هذه التعابير : « قضية عادلة » ، « مسألة محقة » ، و « سياسة منصفة » • • وما الى ذلك من تراكيب ، ولكن ترى ما العدل ؟ وما الحق ؟ وما الانصاف ؟ • • • كلمات تلوكها اللسان ، وقد تحرك فى الانفس مشاعر ، وفى القلوب هواجس ، ولكنها على كل حال مشاعر واحساسات غامضة يشعر بها الناس ويحسون ، ولكنهم لا يستطيعون الافصاح عنها ولا تحديد معانيها بدقة وايجاز •

ثم ان كثيرا من الناس ، حين يتكلمون عن العدل والحق ، انما يريدون فى الحقيقة ما هو عادل بالنسبة اليهم ، وما فيه مصالحهم ، فهم يتكلمون عن مسائل نسبية يتغير مفهومها من شخص الى آخر ، ومن حالة الى حالة اخرى •

وفى الحق فانه ليس من السهل ان يتفق الناس على تحديد هذه المصطلحات ، ولن يستطيعوا الاتفاق على مفاهيمها الا متى استطاعوا الاتفاق على تعريف « الجمال » أو « السعادة » وامثال ذلك من المسميات •

وقد كان « افلاطون » موافقا كل التوفيق حين بدأ (جمهوريته)
- ذلك الكتاب الذى اراد ان يعالج به أعظم قضية سياسية فى زمانه
وفى كل الازمنة ، أعنى الحكومة الفاضلة ، او الهيئة السياسية المثالية
العادلة - بهذا السؤال الذى وضعه على لسان أستاذه ومرشده سقراط
ما هى العدالة ؟؟

أما (بوليمارخس) فىرى ان العدالة هى (ان يرد للانسان ما
هو له) ، أى انها (ليست أكثر من صدق المقال ، ورد ما للمغير اليه) •
ولكن بعد قليل من المناقشة والحوار وجد (بوليمارخس) نفسه
مضطرا الى تحوير تعريفه • وجعله على الصورة التالية : (العدالة هى
نفع الاصحاب ومضرة الاعداء) •

وانت ترى من هذا ان العدالة قد أصبحت اعطاء كل ما يوافقه ،
لا كل ما يستحقه ، اى انها تقدم النفع والضرر ، والذين يتناولهم
النفع والضرر هم الاصحاب والاعداء ، النفع للاولين ، والضرر
للآخرين ؛ بل قد وجد من بين فلاسفة الاغريق من يعرف العدالة
« بانها نفع القوى » •••

على ان عجز فلاسفة الاغريق عن وضع تعريف دقيق للعدالة
يجب ان لا يحول بيننا وبين البحث فيها ، فالتاس لم يتفقوا على تعريف
« للجمال » ، ولكنهم يحسونه ويتحدثون عنه ، وهم لم يتفقوا
- وليس فى مقدورهم ان يتفقوا - على تحديد معنى « السعادة » ،
ولكنهم يطمنونها ، ويرغبون فيها • وليكن حالنا مثل هذا فيما يخص
العدالة •••

ونحن اذا ما تركنا الاغريق وفلسفتهم ، وتوجهنا شطر روما -
مدينة الفقه والقانون - وجدنا اصطلاح العدل او ما سموه (Aequitas)
قد تردد كثيرا على السنة فقهائهم ومشرعيهم ، وانا لنبصر بريق حكمة
اليونان جلية ، حتى فى المدونات الرومانية القانونية الرسمية .

فالامبراطور « جستنيان » يعرف العدل ، فى مقدمة الفصل
الاول من الكتاب الاول من نظمه Institutionum بما هو شبيه بما
كان الفيلسوف الاغريقى (سيمونديس) قد قرره قبل جستنيان بمئات
السنين ، فهو يقول : « العدل هو الرغبة المستمرة فى اعطاء كل
انسان ما يستحقه » .

مفهوما العدل :

ولكن هذه التعاريف ، وكثيرا من امثالها ، مما تطفح به فلسفة
الاغريق ، ويعج به فقه الرومان ، تؤكد لنا ، على العموم ، الناحية
الخلقية للعدل ، وهذا هو المفهوم الاعتيادى لهذا المصطلح ؛ اذ هو
بنظر الرجل العادى ، كما لاحظ الاستاذ Keeton^(١) النهج الحسن
المنصف ، شئ شبيه بما عرفها به جستنيان ، خلق مستقيم ومعاملة
حسنة . وهذا هو المعنى الذى يفهم من كلمة عدل لغة .

وبهذا المفهوم العام قد شاعت كلمة العدالة على السنة فقهاء
المسلمين ، وبه جاء فى القرآن الكريم ، والسنة النبوية . من ذلك
قوله تعالى : (ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى
عن الفحشاء والمنكر والبغى) .

(١) وهو أحد اساتذة كلية الحقوق بجامعة لندن . واصبح
فيما بعد عميدا .

والعدل القرآنى - على حد ما قال أحد الفضلاء^(١) - (هو المطلق الشامل ، الذى لا يختلف بين زمان وزمان ، ومكان ومكان ، وامة وامة ، والذى تستوى فيه نفس الانسان وغيره ، ويستوى فيه القريب والبعيد ، والصديق والعدو • هو ان يعطى الانسان كل ذى حق حقه ، فى كل حين ، وفى كل أرض ، وعلى كل حال) •

ولكن للعدالة من ناحيتها القانونية الوضعية مفهوم آخر ظهر جليا فى الشريعة الانكليزية وبعض الشرائع الاخرى ، اذ أصبحت العدالة بمعناها الاصطلاحي تعنى على حد ما قال « السير هنرى مين » (مجموعة من القواعد القائمة الى جانب القانون الاصلى ، والمرتكزة على اسس متينة تمكنها من التغلب على الاحكام القانونية الاصلية ، وذلك لما فى تلك المبادئ من صفات سامية) •

وبهذا الاعتبار تعتبر مبادئ العدالة مصدرا من مصادر الاحكام القانونية الخاصة والعامه ، وتعد عاملا من اهم عوامل تطور الشرائع • وبها تمكنت كثير من النظم القانونية من القضاء على ما فى نصوصها من شدة ، وأحكامها من ضيق ، واسسها من خشونة ، ولهذا قال أحد الكتاب ان للعدالة اختصاصا قضائيا متما أو مكمل (Supplementary or Complementary Jurisdiction) ذلك لان التشريع مهما اتسعت احكامها ، ودقت قواعدها ، لا تستطيع أبدا ان تضع قوانين شاملة لكل الجزئيات ، ولكل الحوادث التى تقع بين الافراد • اذ من المعلوم ان القواعد القانونية ليست الاتعميم قصد بها ان تشمل أكبر قسط من

(١) هو الدكتور عبدالوهاب عزام •

الحوادث الفردية ، ولا يمكن ان يكون التعميم عاما ، بكل معنى الكلمة
كما يقول الاستاذ Allen (١) .

(No Generalization Can be Completely General)

او كما يقول ابن رشد فى كتابه (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) حين
يؤكد الحاجة للقياس او الرأى ، وهو مثل من أمثلة تطبيق مبادئ
العدالة (ودليل العقل يشهد بثبوت القياس ، وذلك لان الوقائع بين
اشخاص الاناسى غير متناهية • والنصوص ، والافعال والاقارات
متناهية ، ومحال ان يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى) •

يتضح جليا من هذا ان الحاجة ماسة لايجاد واسطة فعالة كالعدالة
ليقتضى بها على الشدة التى هى من ميزات القوانين الوضعية الظاهرة فى
حالتها الاولى بصورة عامة ، وليسد بها فقر الشرائع ، ويقرب القانون
من العدل • والغرض من هذا كله هو تحقيق العدل الاجتماعى
الممكن ، ما دام العدل المطلق طيفا يلم بالخيال لا يتحقق الا فى مخيلات
الفلاسفة والمفكرين •

وحرى بنا ان نتنبه ، فى هذا الصدد ، الى الفرق الاساسى بين
« العدل » و « القانون » ، ذلك لان اكثر الناس لا يزالون الى اليوم
يتصورون ، كما كان يتصور معظم الافراد فى اوربا فى القرون
الوسطى ، ان لفظى « العدل » و « القانون » مترادفان ، أو انهما اسمان
لمسمى واحد • ولكننا نعلم جيدا ان القانون بمعناه الوضعى الايجابى
انما هو اوامر ونواهى صادرة من سلطة مختصة ، سواء كانت تلك

(١) وهو استاذ « فقه القانون » أو « اصول القانون » فى
جامعة اكسفورد •

السلطة مكونة من فرد أو من مجموعة افراد ، واجبة الطاعة على
الرعية •

فالافراد فى الدول الديمقراطية يخضعون الى ما تسنه المجالس
التشريعية ، لا لان تلك الاحكام عادلة ، ولا لانها منطبقة على قواعد
الاخلاق والفضيلة ، بل لانهم ملزمون باتباعها ، وهم ان حاولوا عدم
الاعتداد بها عرضوا أنفسهم للعقوبة ، بالمعنى الواسع لهذه الكلمة •
وكذلك الحال فى الدول الفردية فما يقرره الرئيس يصبح قانونا
تجب على الافراد طاعته ، بفض النظر عن أى اعتبار آخر ، وهذا لا
يعنى بطبيعة الحال ان المشرع - سواء أكان هيئة نيابية أم دكتاتورا - لا
يعتد بشعور الافراد ، وعواطف الجماهير ، أو أنه ينكر ما هو متعارف
بينهم من مقاييس خلقية أو اجتماعية أو دينية ؛ اذ الامر على العكس
من ذلك ، فالمشرع البارع هو الذى يضع من الاحكام ما هو ملائم
لحالة مجتمعه ، مما يستسيغه ويقدر على هضمه ، واذا غالى المشرع فى
عدم الاعتداد بالرغبة العامة ، أو الرأى العام ، عرض نفسه للسخط
والنقمة ، وما يتلو السخط والنقمة عادة من ثورة وانقلاب • على ان
هذا كله لا يمنع أن تكون بعض القوانين ، أو كثير منها ، فى مجتمع
من المجتمعات غير عادلة • وفى الحق فان أكثر القوانين التى كانت
تنظم العلاقات بين رؤساء الاقطاع والفلاحين (Serfs) فى فرنسا قبل
الثورة غير عادلة • وقد كانت أحكام العقوبات فى القانون الانكليزى
قبل نحو قرن غير عادلة أيضا • اذ كانت هناك عشرات ، ان لم نقل
مئات ، من الجرائم ، يعاقب مرتكبها بالاعدام ، كما يحدثنا الدكتور
كنى (Dr. Kenny) فى كتابه « مبادئ القانون العقابى » •

منشأ العدالة وتطورها فى القانون الانكليزى :

لقد وجدت العدالة بالمعنى الخاص الذى أشرت اليه فى القانون الانكليزى منذ القرن الثالث عشر ، ذلك لان الافراد فى بريطانيا كانوا ، حين لا يجدون بين المحاكم الموجودة وقتئذ فى انكلترة - وكانت تلك المحاكم على أنواع كثيرة ، منها المحاكم الاقليمية ، والمحاكم الكنيسية ؛ والمحاكم الاقطاعية - محكمة تصفهم ، وتنظر فى دعاوهم ، يتجهون شطر الملك أبو الشعب (Pater Paterae) ، وهو فى نظرهم ينبوع العدل The Fountain of Justice الذى من امتيازاته الخاصة (Prerogatives) توزيع العدل بين الرعية • وعلى هذا كانت العرائض تعنون اليه وتسأله باسم (العدل والاحسان) وبحق (الضمير والقانون) وبجاء (الرحمة والحق) و (العدل والصالح) (١) أن ينظر فى شكواهم ، وينصفهم من خصومهم الاقوياء المتغلبين ، الذين عجزوا عن أخذ حقوقهم منهم • وقد كان الملك ينظر فى تلك العرائض فى مجلسه بالذات ، ويقرر فيها ما يراه عادلا وموافقا للضمير • ولكن بعد أن كثرت تلك العرائض صار الملك يحيلها الى مستشاره (Lord Chancellor) ، الحامل للختم الكبير The Great Seal والحامى لضميره Conscience • وكان المستشار فى القديم من رجال الدين والقسس المبرزين ، وكان يتمتع بسلطات واسعة شبيهة بسلطات رئيس الوزراء فى بريطانيا اليوم • وكان مثقفا بالثقافتين الكنسية والرومانية العريقة • وقد ساعدته ثقافته هذه على تقرير ما يراه صالحا

(١) وردت هذه الالفاظ فى بعض العرائض التى كانت ترفع الى الملك •

وعادلا في القضايا التي عرضت عليه غير مقيد بنصوص القانون العادي (Common law) مسترشداً بوحى الضمير ، متحريراً العدل فيما يقرره .
وهكذا وضع الأساس لمحكمة المستشار (Court of chancery) أو محكمة العدل أو الضمير ، إشارة إلى هذه الصفة الخلقية التي امتازت بها هذه المحكمة . أما الأحكام التي كان المستشارون يقررونها فكانت ، في الواقع ، مستمدة أما من القانون الكنسي ، وأما من القانون الروماني ، - بعد أن تهذبت أحكامه بجهود الحاكم القضائي Praetor - ، أو أنها تطبق لمبدأ العدل المطلق ، والقانون الطبيعي الذي قال به بعض فلاسفة الإغريق . ولكن المستشارين ، وقضاة محاكم العدالة بصورة عامة ، لا يعترفون بهذا الأمر على وضوحه ، وهم يجهرون بأن مبادئ العدالة التي يطبقونها مستمدة من ضمير عاهل البلاد ، سيرا وراء المبدأ القائل « بأن العدالة تصدر من ضمير الملك » .
Equity Flows from the Conscience of the King

وصاحب التاج في زعمهم ، هو حامى الضعفاء والفقراء ، ومصدر الخير والاحسان ، ومنبع العدل والانصاف ، حتى وإن كان ضعيفاً كالملكة « آن » ، أو شريراً كالملك « جون » ، أو مستبداً كالملك « هنرى الثامن » .

ويظهر جلياً من هذا أن الإنكليز يصورون ملكهم ، بغض النظر عن شخصه ، هذا التصوير العالى الذى يجعله أساساً لكل الفضائل الانسانية ، ويمنحون مستشاره وأمينه سلطات واسعة يستعملها لاحقاق الحق ، وابطال الباطل .

على أن هذه السلطات القضائية المطلقة التي كان يتمتع بها المستشار تقلصت رويداً رويداً خاصة بعد عهد الإصلاح (Reformation)

حين لم يعد حامل الختم الكبير من كبار القسس ، بل أصبح منصب المستشار يشغله عادة أحد نوابغ رجال القانون ، وتقلصت سلطات محاكم العدل بصورة خاصة ، بعد أن سلم بمبدأ السوابق *Precedents* والذي بموجبه أصبح القضاة مقيدين بالقرارات التي أصدرها أسلافهم .

وهكذا اتخذت أحكام العدالة شكلا جديدا في عهد اللورد نوتنكهام (Lord Nottingham) واللورد الدن (Lord Eldon) في القرن الثامن عشر ، وأوائل القرن التاسع عشر ، واستحالت من مبادئ سامية تستند الى وحى الضمير ، والعدل المطلق ، الى قواعد جامدة ، قائمة الى جانب القانون العادى ، متممة له ومستقلة عنه ولكنها ليست أقل شدة ولا تحرجا من القانون ذاته ، بل انها فقدت ما كان لها من أصالة حين اقرت المبدأ القائل « العدالة تتبع القانون » *Equity follows the Law*

العدالة فى الشريعة الاسلامية :

من الملاحظ أن العدالة قد اتخذت فى الشريعة الاسلامية ثلاث وجهات ، أولاها فلسفية ، وثانيها خلقية ، وثالثها فقهية ، وان كان التقارب بين هذه الوجهات عظيما ، والذي يعيننا بطبيعة الحال هو الاتجاه الفقهى ، ولكننا ، مع ذلك ، نرى من المفيد لاتمام البحث ، واعطاء صورة جلية لفكرة العدل أن نقول كلمة عن الاتجاهين الآخرين .

فالناحية الفلسفية للعدل تظهر لنا بجلاء فى آراء المعتزلة ومعتقداتهم وهم ، من دون شك ، أكثر الفرق الاسلامية اعتدادا بالرأى ، وأخذنا بالحكمة . وقد جعل المعتزلة « العدل » الاصل الثانى

من أصول معتقداتهم ، وفرعوا على هذا الاصل قواعد كثيرة أفاض الاستاذ أحمد أمين في شرحها في الجزء الثالث من كتابه « ضحى الاسلام » . على ان فكرة العدل من ناحيتها الفلسفية هذه تتصل أشد الاتصال بفكرة الحسن والقبح العقليين أو الشرعيين - على حد ما يعبر الاصوليون - قال كثير من زعماء المعتزلة ان للافعال صفة حسن أو قبح مجرد عن أى اعتبار آخر ، يمكن الحكم عليها من طريق عقلى ، كحسن العدل ، والصدق ، والوفاء ، وانقاذ الغرقى ، وما الى ذلك .

ومن الجهة الاخرى فان الاشاعرة - وهم فرقة شافعية أخذت على عاتقها الرد على معتقدات المعتزلة وآرائهم - يقررون ان الحسن والقبح شيان نسيان ، فما أمر الشرع به فهو حسن ، وما نهى عنه فقيح ، وليس بمقدور العقل الانسانى المجرد المحدود أن يدرك حسن الاشياء أو قبحها .

ويتضح جليا من هذا أن المعتزلة - كما لاحظ الاستاذ عبدالرزاق السنهورى - قد أخذت بنظرية القانون الطبيعى أو العدل المطلق ، بينما ذهب الاشاعرة مذهبها ايجابيا كمذهب أوستن^(١) (Austin) فى الفقه الحديث . . .

وتظهر لنا « ناحية الخلقية » للعدل « مما جاء فى الفقه الشرعى : من ان الفضائل منحصرة فى التوسط بين الافراط والتفريط ؛ لان رؤوس الفضائل أربعة وهى الحكمة وانفة والشجاعة والعدالة ؛ وتفصيل ذلك أن الله تعالى قد ركب فى الانسان ثلاث قوى الاولى مبدأ ادراك الحقائق والنظر فى العواقب والتميز بين المصالح والمفاسد ، ويعبر

(١) « اوستن » هو صاحب النظرية الوضعية او الايجابية المعروفة لدارسى اصول القانون .

عنها بالقوة العقلية ، والثانية مبدأ جذب المنافع وطلب الملاذ ، ويعبر عنها بالقوة الشهوانية أو البهيمية ، والثالثة مبدأ الاقدام على الاهوال والشوق الى التسلط ، ويعبر عنها بالقوة الغضبية . وفي كل من هذه القوى قد يكون الانسان معرضا للافراط أو التفريط في استعمالها ، أى للاسراف فيها أو لاهمالها . والتوسط بين الامرين مناط الفضائل السابقة .

فالحكمة نتيجة تهذيب القوة العقلية والتوسط بها بين الجريزة والغاوة . والعفة نتيجة تهذيب القوة الحيوانية والتوسط بها بين الخلاعة أو الفجور وبين الجمود أو السكون . والشجاعة تهذيب القوة الغضبية والتوسط بها بين التهور والجبن . فالاطراف رذائل والاواسط فضائل . واذا امتزجت هذه الفضائل الثلاث معا حصل من مجموع امتزاجها فضيلة رابعة تسمى « العدالة » أو الوساطة ؛ وهى الثبات على الحق والطريق المستقيم ، والترفع عن جانب الباطل ، وبها تصل النفس الى كمالها اللائق ، بها ومقاصدها الموجه اليه فى الحياة . ويظهر جليا من هذا أن التشابه عظيم بين هذا الرأى وبين آراء مدرسة الزهد أو الرواقين المعلمين فى الفلسفة اليونانية ...

أما العدالة بمفهومها القانونى ، كمصدر من مصادر القانون وكوسيلة من وسائل تطور الشرائع ، فقد وجدت فى الشريعة الاسلامية فى تقرير الاجتهاد أو الرأى مصدرا من مصادر الاحكام ، وفى قبول مبدأ الاستحسان ، ونظرية المصالح المرسلة أو الاستصلاح . على حد ما يقوله الامام الغزالى .

وقبل أن أفصل القول فى هذه المصطلحات أرى من المفيد أن أبين الآن الفروق الاساسية بين مبدأ العدالة فى الشريعة الاسلامية

والنظم القضائية الوضعية كالشريعة الانكليزية ، تلك الفروق التي ترجع من حيث الاصل الى الخلاف فى مصدريهما ، ذلك لان الشريعة الاسلامية شريعة منزلة ترتكز على المعتقد الدينى ، والمصدر السماوى ، فى أصول أحكامها ، بينما الشريعة الانكليزية شريعة وضعية ترتكز فى أساسها الى مبادئ مادية معينة كالعرف ، والعادة وأحكام المشرع ، ومبدأ السوابق ؛ فهذا الخلاف الجوهرى بين مصدريهما يؤدى ، بطبيعة الحال ، الى تباين فى نظريتهما الى فكرة « العدل » ، وحاجتهما اليه .

فبينما أصبحت العدالة فى القانون الانكليزى قواعد معينة قائمة الى جانب القانون العادى ، مكملة لاحكامه ، ومخففة من شدته ؛ نجدها فى الشريعة الاسلامية قد وجدت على أنها جزء لا يتجزأ من الشريعة ذاتها . فكما أن الشريعة من الناحية السياسية العامة قد مزجت بين الدين والدولة بمفهومها الغربى الحديث ، وكونت من ذلك نظاما خاصا هو دينى ودينى فى الوقت ذاته ، كذلك من الناحية القانونية مزجت بين فكرتى العدل والحسنى من جهة وفكرة القانون الوضعى من جهة أخرى ، فأوجدت من ذلك - أو على الأقل وضعت الاسس لايجاد - نظام قانونى يعترف بالقانون الوضعى ، ويسلم بفكرة العدل أيضا . فليس القانون فى نظر الشريعة أوامر ايجابية مجردة عن أى صفة خلقية - كما هو مفهوم القانون اليوم - بل انه مزيج من الواقع والمثال ، غايته تحقيق العدل الممكن ، وتنظيم علاقات الافراد بعضهم ببعض على وجه الاستقرار . على ان هذا الوضع الخاص الناتج من مزج الدين بالدولة والعدل بالقانون لم يحل ، كما ظن بعض مفكرى الغرب وكتابهم - ومن هؤلاء الاستاذ برايس Bryce - دون تطور هذه الشريعة ، أو دون أخذها بمبادئ العدل بدرجة لا تقل عن أعظم

الشرائع المتطورة المتقدمة فى المجتمعات المتقدمة كالشريعة الرومانية
والشريعة الانكليزية ... بل لعل المقارنة بينهما توصلنا ، من دون
تحييز ، الى تفضيل الشريعة الاسلامية عليهما . وذلك لان العدالة فى
الشريعة الانكليزية مثلاً قد أصبحت بعد مدة من الزمن - كما أشرنا
الى هذا من قبل - أحكاماً قاسية ليست من العدل فى شئ ؛ ولذلك
- كما لاحظ السير هنرى مين - نجدها فيما تقرر من مبادئ تقف
فى بعض الحالات متأخرة عن المستوى الخلقى بمفهومه الحديث ، وانها
- كما يقرر الاستاذ Keeton - قد أصبحت غير منطقية فيما تقرر من
قواعد فى بعض الحالات .

على اننا حين نقرر رجحان الشريعة الاسلامية ، ونعلن أفضليتها
على القانون الانكليزى فى هذا الصدد ، جد مدركون لما هنالك من أحكام
جائرة لا تتفق والمصلحة العامة ، والتي يقال عنها انها أحكام اسلامية .
ولكن نسبة تلك الاحكام المجحفة غير الموافقة للمصلحة الى الشريعة
هى كنسبة أكثر الناس ممن يسمون مسلمين الى الاسلام . انها نسبة
أقليمية (ان صح هذا التعبير) ؛ أى كما ان هؤلاء مسلمون لانهم
وجدوا فى بلاد الاسلام ، فكذلك نسبة تلك الاحكام الى الاسلام ،
وهى اسلامية لانها وجدت فى بلاد الاسلام ، ووضعها مسلمون ، وقيل
انهم استنبطوها من الشريعة . ولكن نسبة تلك الاحكام للشريعة على
هذا الشكل لا يجعلها دائماً وأبداً منطبقة تمام الانطباق على ما نفهم
اليوم من تعبير « الشريعة الاسلامية » كاصطلاح مستقل ، مجرد عن
الزمان والمكان ...

ومن المفيد ان أوضح ما اعنى بأمثلة : يقول الناس ، من مسلمين
وغيرهم ، ان الشريعة الاسلامية تحيز الطلاق من دون قيد ولا شرط ،

وتعتبره وان وقع من مكروه أو سكران ؟ فهى بهذا تجعل الروابط الزوجية واهية ، وتجعل مصير المرأة معرضا للتحطيم ، ويقول الناس انها تحول دون التقدم الاقتصادى والتجارى لانها تعد كل زيادة ربا محرما ، فهى لا تفرق بين الربا المفرط (Usury) الذى تحرمه أكثر الشرائع ، وبين الفائدة المشروعة (Interest) التى تعطى لصاحب رأس المال عوضا عن حرمانه من استغلال أمواله بطريقة منتجة ، ويقول بعض الناقدين ان الشريعة الاسلامية تعرقل المعاملات المدنية لانها لا تجيز بيع المعدوم ، ثم أنها ترهق المالك وتخضعه لكثير من القيود التى تقيد حريته فى التصرف ؛ ومن ذلك منحها كثير من الاشخاص كالشركاء والخلطاء والمجاورين حق الشفعة ، أى أخذ عقاره رغما عنه ، متى دفعوا المبلغ الذى رضى هو أن يبيعه به لآخر . ويذهب بعض الناقدين الى أبعد مدى من ذلك فيقررون ان الاحكام الشرعية تدعو الى عدم استغلال الاموال المشتركة غير القابلة للقسمة على وجه صحيح لانها لا تجيز ازالة الشيوع بطريق البيع ، وانها قد اوجدت المهايأة - وهى قسمة المنافع - كوسيلة ليستوفى الشركاء بها حقوقهم فى العقارات المشتركة . واشتد فريق من الباحثين فى لوم الشريعة وانتقادها وقالوا انها لا تكفى بتقييد حرية المالك فى تصرفاته فى حياته بل انها لتحرمه أيضا من الايصاء لورثته كأن يختص أبنه الصغير أو ابنته العاجزة بشيء من ماله بعد وفاته تمييزا على باقى الورثة بتقريرها « بأن لا وصية لوارث » . والى ما هنالك من انتقادات واعتراضات ... ولكننا اذا ما فحصنا كلا من تلك الاعتراضات نجد ان نسبتها للشريعة ليست الا بعض الحقيقة - كما يقول المحدثون - اذ أن نسبة تلك الاحكام الى الشريعة الاسلامية من دون قيد ولا شرط تجوز وتساهل فى التعبير .

اذ في كل من تلك الحالات السابقة التي اعترض عليها وجدت آراء ومذاهب في الشريعة غيرها • فهناك من يقول بعدم الاعتداد بطلاق المكره أو السكران ، وعدم ايقاع الطلاق ثلاثا مرة واحدة ، ووجد بين فقهاء المسلمين - خاصة المتأخرين منهم - من فرق بين الربا والفائدة ، فأبن نجيم يقرر في كتابه (الاشباه والنظائر) جواز الاستقراض بالفائدة عند الحاجة • ويقول ابن عابدين في رسالته - نشر العرف في بناء الاحكام على العرف - ان المتأخرين من الفقهاء أجازوا المبيعات الربوية بناءً على أن في اجازتها رفع الحرج • ووجد من بين فقهاء المسلمين من يجيز بيع المعدوم ، كما وجد من بينهم من شعر بانقيود الثقيلة التي وجدت في الشفعة فقرّر حصرها في دائرة ضيقة • فالمالكية والشوافع يقررون ان الشفعة لا تثبت الا للشريك ، وزاد الحنابلة على ذلك بأن قرروا بانها لا تثبت الا للشريك في حالة قابلية العقار للقسمة فقط • وهناك أيضا مذاهب فقهية تجيز ازالة الشيوع بالبيع عند تعذر القسمة أيضا (فالامام الخرشي) من علماء المالكية ذكر جواز ذلك بشروط فصلها في مؤلفه •

بل هناك من المذاهب الفقهية الاسلامية ما تقرر جواز الايضاء لو ارث • اذ ذهب الى هذا الرأي فقهاء الجعفرية استنادا الى صريح الآية : (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقرين بالمعروف حقا على المتقين) (١) •

وكل ما ذكرناه الآن آراء وجدت في الشريعة على انها أحكام مستمدة من أصولها لا خارجة عليها • ومن المستحيل عقلا (لو أن

(١) وقد اخذ القانون المدني العراقي بهذا الرأي ، كما كان قانون الوصية المصري قد اخذ به من قبل •

نسبة الآراء الاولى للشرعية تفيد الحصر) ان تنسب أمرين متناقضين
الى أصل واحد .

ولكننا فى الحقيقة حين أطلقنا القول وسمينا الآراء الاولى المعترض
عليها بأنها أحكام « الشرعية الاسلامية » أردنا فى الواقع بعض المذاهب
الاسلامية ، وكان الاخرى بنا - لو أردنا الدقة - ان نقول ان تلك هى
آراء المذهب الفلانى أو المدرسة الفلانيسية من مذاهب المسلمين
ومدارسهم . بل ان الدقة التامة فى التعبير تفرض علينا ذكر الزمن
الذى وجد فيه رأى المعين . لان كثيرا من الاحكام الفقهية قد تغيرت
بتغير الزمن . ففى كثير من القضايا نجد لمتقدمى الحنفية رأيا بينما نجد
للتأخيرهم رأيا آخر ، بل اننا لنجد للمجتهد الواحد رأين مختلفين فى
القضية الواحدة ، الا يرى ان كتب الفقه تصرح مثلا : وهذا هو رأى
الشافعى فى قوله الاول . أما رأيه الثانى ... فكان كذا وكذا ...

يتضح من هذا جليا أن كثيرا مما نسميه ، أو يسميه الناس عادة ،
بالاحكام الشرعية ليست هى فى الواقع الا بعض آراء فقهاء المسلمين ،
وان عمل بها فى قطر من الاقطار ، لزمن قصير أو طويل .

وانه من الضلال المبين ان نعتبر تلك الاحكام ، أصولا من أصول
الدين ، ومبادئ أساسية لا تقر الشرعية غيرها . فقد اتضح جليا أن فى
كل من القضايا السابقة وجدت آراء غيرها . فالشرعية الاسلامية مثلا
تجيز الطلاق والخير والعدل فى ذلك كله ، اذ كما ان ترك الروابط
الزوجية واهية بدرجة يستطيع معها الزوج العايت تحطيمها لاتفه
الاسباب وفى أسفه الحالات ، من غير تقدير لمصير المرأة ، ظلم لا يقره
الشرعية ، فكذلك جعل العلاقة الزوجية أبدية غير قابلة للفصل ، وان
اختلفت أمزجة الشريكين وتباينت أهواءهم ، سخف لا تقرره قواعد

العقل ، ولا يمكن لمبادئ العدل تبريره • وكل ما قررتة الشريعة في هذا الصدد هو امكان فصم العلاقات الزوجية ضمن ضوابط وحدود • وهكذا الشأن في كل الاحكام الاخرى مما لا نحسب ان الوقت المحدد لهذه المحاضرة يتسع لبحثها جميعا في افاضة واسهاب • ولنعد الآن الى توضيح وسائل العدالة في التشريع الاسلامي مما أشرنا اليه سابقا •

الاجتهاد والرأى :

يعرف الاجتهاد بأنه بذل الفقيه وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة ، وهو كما يقرر الاصوليون مصدر من مصادر التشريع ، ووسيلته القياس • والقياس هو تطبيق حكم حالة منصوص عليها على حالة غير منصوص عليها نظرا لاتحاد الحالتين في العلة • أى ان يعرف حكم قضية في الشريعة فيقاس عليها أمر آخر لاتحاد العلة فيهما • وقد توسع بعض الفقهاء فيه فأطلقوه على النظر والبحث عن الدليل في حكم مسألة عرضت لم يرد فيها نص ، أو الاجتهاد فيما لا نص فيه • أى ان الفقيه من طول ممارسته للاحكام الشرعية تنطبع في نفسه وجهة الشريعة في النظر في القضايا ، فاذا ما عرضت عليه قضية يستطيع أن يدلى فيها برأى قانوني مستمد من أصول الشريعة وحكمتها •

ويرى الاستاذ « أحمد أمين » أن المسلمين في العصر الاول كانوا يستعملون الرأى بما نفهمه اليوم من كلمة « العدالة » ، أى ما يرشد اليه الذوق السليم مما فى الامر من عدل أو ظلم • أو هو كما يقول (ابن القيم) « ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب » • وقد أوجد فقهاء المسلمين كثيرا من الاحكام القانونية بالاستناد الى هذه الطريقة التي استعملت منذ صدر الاسلام •

الاستحسان :

والاستحسان هو ، فى الواقع ، نوع من أنواع الرأى ، وقد عرفه الاصوليون بتعاريف عديدة أقربها الى الفهم هو أن يكون فى مسألة من المسائل شبه بمسألة أخرى ورد فيها النص ، وكان من مقتضى ذلك أن تقاس المسألة هذه على المسألة التى ورد النص فيها ، ولكن الفقيه يترك القياس ويسعى الى تقدير المسألة بمقتضى العدالة المطلقة .

وقد قال بالاستحسان فقهاء الحنفية على الخصوص ، وقالوا انه قياس خفيت علته بالنسبة الى قياس ظاهر متبادر ؛ لان هناك على حد ما قال « شمس الائمة » « قياسان أحدهما جلى ، ضعيف أثره فسمى قياسا ، والآخر خفى قوى ، خفى أثره ، فسمى استحسانا ، أى قياسا مستحسنا . فالترجيح بالاثر لا بالخفاء والظهور » .

المصالح المرسلة :

وقريب من الاستحسان الذى قال به فقهاء الحنفية ، ما يسمى بالمصالح المرسلة ، أو الاستصلاح الذى قال به المالكية ذلك لان مقاصد الشارع - على حد ما قاله (الشاطبى) فى كتابه « الموافقات فى أصول الشريعة » - انما هى حماية خمسة أمور ، وهى الدين ، والنفس ، والعقل ، والنسل ، والمال . ولو اتنا استقرينا أوامر الشارع ونواهيه لوجدناها لا تتعدى هذه المقاصد . اذ أنها العلة فى تحليل ما حلل ، وتحريم ما حرم . فاذا كان الامر كذلك فالواجب على الفقيه حينما تعرض عليه قضية من القضايا لم يرد فيها نص أن ينظر فيما يترتب على الامر من المصالح والمضار ، ويقرر ما يرى فيه المصلحة والعدل . أو بعبارة أخرى يجب أن يزن كل حكم بميزان المصلحة العامة وحكمة

التشريع ، وبالقواعد الاساسية التي جاءت من أجلها الشرائع • وقد وضع فقهاء المسلمين في مختلف العصور كثيرا من الاحكام المستندة الى هذين الاصلين مما تعج بها بطون كتب الفقه ، وليس لنا الآن الا أن نكتفي ببعض الامثلة • فقد أجاز الفقهاء البيع بالوفاء استحسانا ، وقرر الامام مالك جواز تزويج المرأة التي غاب زوجها واندرست أخباره وانتظرت سنين وتضررت بالعزوبة • ومن ذلك أيضا تجويزه تطليق المرأة المعسر زوجها بالنفقة بعد أن يضرب القاضي له أجلا • ومن أمثلة الاستحسان البارزة ترك العقوبات في غير الحدود لتقدير الحاكم ومشيئته لينظر في كل قضية ويقدرها بظروفها ، ويقرر فيها ما يراه عادلا ، وهذه ما تسمى بالتعازير •

وعلى ان أكثر المسلمين أخذاً بالاستحسان واعتدادا بمبدأ المصلحة وأشدهم جرأة في الرأي هو الخليفة عمر بن الخطاب • وان المرأة ليكاد يبصر هذه الظاهرة في كل قضاء من أقضيته ، وفي كل رأي من آرائه ، وفتوى من فتاواه • فقد منع عمر بن الخطاب الصدقة عن المؤلفلة قلوبهم كابي سفيان والاقرع بن حابس وعباس بن مرداس حين جاءوا اليه يطالبونه بما كان النبي وأبو بكر قد أعطوهم ، وهو بهذا قد حكم بخلاف ظاهر آية (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم) وحجته في ذلك ان الله قد أعز الاسلام وأغنى عن هؤلاء • ومن ذلك أيضا عدم أمره باقامة الحد على السارق في عالم المجاعة • فقد روى أن غلمة لحاطب بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينه فأحضر الغلمان أمام عمر وأقروا ، وبعد أن أراد أن يقيم الحد اثنتي عن رأيه وهو يقول : (أما والله لولا أنني أعلم أنكم تستعملونهم وتجيعونهم ، حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له ، لقطعت أيديهم) •

ومن ذلك أيضا حكمه فى تقسيم غنائم العراق والشام ورفضه
توزيع الاراضى على الفاتحين خلافا لظاهر الآية (واعلموا انما غنم
من شئ فان لله خمسته وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن
السييل ان كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التقا
الجمعان ، والله على كل شئ قدير) •

واسمحوا لى أن أقتبس لكم الحوار البديع المتع الذى جرى
بن عمر ، الآخذ بروح التشريع ، والساعى لتحقيق العدل ، وبين
عبدالرحمن بن عوف ، المتمسك بنصوص الاحكام ، كما رواه لنا الامام
أبو يوسف فى كتاب « الخراج » • قال : لما قدم على عمر بن الخطاب
جيش العراق من قبل سعد بن أبى وقاص شاور أصحاب محمد (ص)
فى قسمة الارضين التى أفاء الله على المسلمين من أرض العراق والشام ،
فتكلم قوم فيها وأرادوا أن يقسم لهم حقوقهم وما فتحوا ، فقال عمر :
فكيف بمن يأتى من المسلمين فيجددون الارض بعلوجها^(١) قد
اقتسمت ، وورثت عن الاباء وحيزت • ما هذا برأى • فقال له
عبدالرحمن بن عوف فما رأى ؟ ما الارض والعلوج الا مما أفاء الله
عليهم • فقال عمر :

ما هو الا ما تقول ، ولست أدرى ذلك • فاذا قسمت أرض
العراق بعلوجها وأرض الشام بعلوجها فما يسد به الثغور ؟ وما يكون
للذرية والارامل بهذا البلد ، وبغيره من أهل الشام والعراق ؟ فأكثروا
على عمر وقالوا نقف ما افاء الله علينا بأسيانا على قوم لم يحضروا ولم
يشهدوا ولابناء القوم ولابناء أبنائهم ولم يحضروا ؟ فكان عمر لا يزيد

(١) جاء فى القاموس ان العلج بالكسر العير ، والحمار وحمار
الوحش جمعه علوج واعلاج والمراد به هنا ما يتصل بالارض من اشياء
لا بد منها للزراعة •

على أن يقول هذا رأى • قالوا فاستشر • فاستشار المهاجرين الاولين
فاختلفوا ••• فأرسل الى عشرة من الانصار • خمسة من الاوس
 وخمسة من الخزرج من كبارهم وأشرفهم ، فلما اجتمعوا حمد الله
وأثنى عليه بما هو أهله ثم قال : انى لم أزعجكم الا لان تشركوا فى
أمانتى فيما حملت من أموركم ؟ فأنى واحد كأحدكم ، وأنتم اليوم
تقرون بالحق • خالفنى من خالفنى ، ووافقنى من وافقنى ، ولست
أريد أن تتبعوا هذا الذى هوأى ؟ معكم من الله كتاب ينطق بالحق ،
فوالله لان كنت نطقت بأمر أريده ، ما أريد به الى الحق •

وبعد أن سمع الانصار والمهاجرون هذا القول قالوا قل نسمع
يا أمير المؤمنين •

قال : قد سمعتم كلام هؤلاء القوم اللذين زعموا انى أظلمهم
حقوقهم ، وانى أعوذ بالله أن أركب ظلما ، لان كنت ظلمتهم شيئا
هو لهم وأعطيته غيرهم لقد شقيت • ولكمأ رأيت انه لم يبق شيء
يفتح بعد أرض كسرى وقد غنمنا الله أموالهم وأرضهم فقسمت
ما غنمو من أموال بين أهله وأخرجت الخس فوجهته على وجهه وأنا
فى توجيهه ، وقد رأيت ان احبس الارضين بعلوجها واضع عليهم فيها
الخراج وفى رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا للمسلمين ؟ المقاتلة
والذرية ولمن يأتى بعدهم ، أرايتم هذه الثغور لا بد لها من رجال
يلزمونها • أرايتم هذه المدن العظام - كالشام والجزيرة والكوفة
والبصرة ومصر - لا بد لها أن تشحن بالجيوش وادار العطاء عليهم ،
فمن أين يعطى لهؤلاء اذا قسمت الارضون والعلوج ؟ فقالوا جميعا
الرأى رأيك فنعم ما فعلت وما رأيت (١) •

(١) انظر ص ٢٤ وما بعدها من كتاب الجراح الطبعة الثانية
القاهرة سنة ١٣٥٢ هـ •

وعلى هذا الاساس حبس بن الخطاب قسمة الارضين عن
الفاتحين ، وتركها فى ايدي أهلها يؤدون عنها الخراج ، وهذا هو
منشأ الاراضى الخراجية الذى معظم أراضى العراق المملوكة منه .
وان هذه النزعة الحرة ، وهذا الغرام الشديد بالحق والعدل ، لتظهر لنا
بجلاء أيضا مما جاء فى كتابه المشهور الذى أرسله الى أبى موسى
الاشعري (ثم الفهم الفهم فيما أدلى اليك مما ورد عليك ، مما ليس فى
قرآن ولا سنة ، ثم قايى الامور عند ذلك ، وأعرف الامثال ، ثم اعمد
فيما تراه الى أحبها الى الله وأشبهها بالحق) .

مصير العدالة فى الشريعتين :

لنعد الآن للتحرى عما صارت اليه العدالة فى القانون الانكليزى
والشريعة الاسلامية . أما فى القانون الانكليزى فقد علمنا أن أحكام
العدالة ومبادئها قد اتخذت شكلا ثابتا فأصبحت نظاما قضائيا خاصا له
محاكمه وله أصوله وطريقته ؛ وله قواعده وأحكامه . وبقيت محاكم
العدالة تمارس اختصاصها القضائى الى جانب محاكم القانون العادى
حتى سنة ١٨٧٣ ، اذ صدر فى ذلك العام القانون القضائى
Judicature Act الذى به تأسست محكمة عليا واحدة للقضاء
High Court of Justice ضمت محكمة العدالة ومحاكم القانون العادى
على حد سواء . وقررت احدى مواد هذا القانون أيضا أن فى كل
القضايا التى يوجد فيها تعارض أو اختلاف بين ما يقرره بشأنها القانون
العادى ، وما تقرره قواعد العدالة ، فان قواعد العدالة يجب أن تسود .
على ان هذا الحكم لا يعنى بحال اطلاق الحرية التامة لمحاكم العدالة
لكى تقرر ما تراه عادلا ، او ما يوحى به الضمير - كما كانت ، فى

الحق ، مهمة محكمة العدالة في اول تكوينها - وكل الذى قررته هو انه في حالة وجود خلاف تطبق المحاكم ما كانت محكمة العدل تقضى به سواء كان ذلك الحكم مطابقا للعدل بالمفهوم الصحيح أو لم يكن ، اذ قد علمنا ان أحكام العدالة هي الاخرى قد اتخذت بعد ان سلمت بمبدأ السوابق ، شكلا صلبا مستقرا .

يتضح جليا من هذا الاستعراض السريع لتأريخ مبدأ العدالة في الشريعة الانكليزية ان هذا المبدأ قد فقد حريته واستقلاله منذ القرن الثامن عشر ، وأغلب مبادئ العدل التى قررت في النظام الانكليزى القضائى بعد هذا التاريخ ، انما أوجدها المشرع بالذات . هذا وان بقي لما يسمى بحكم العدالة Maxims of Equity بعض التأثير . وحكم العدالة هذه قواعد عامة عدها الدكتور Hembury باثني عشر واعتبرها الاستاذ Keeton ثلاث عشرة وهى شبيهة بالمواد الكلية التى ذكرتها المجلة . ومن الطريف ان نعلم ان حكمتين من هذه الحكم شبيهة تمام الشبه بمادتين من المواد الكلية . « ان العدالة تنظر الى القصد لا الى الشكل الظاهر » Equity Looks to the intention and not to the Form وهذا المبدأ شبيه بما تقره المجلة - « العبرة للمعاني لا للالفاظ والمباني » - .
« ثم ان العدالة تفترض وجود قصد للقيام بوجبة »
Equity imputes an intention to fulfill an obligation

وهذا أشبه بالقاعدة الكلية القائلة « أعمال الكلام اولى من اهماله » . وقد كان لحكم العدالة هذه بعض التأثير في توجيه القضاء الانكليزى توجيهها يقربه من مبدأ العدل في بعض الحالات ...

أما في التشريع الاسلامى فبالرغم من عدم وجود نظام خاص للعدالة أو محاكم مستقلة تنظر في قضايا العدالة بوجه خاص ، وبالرغم

من امتزاج هذه الفكرة بمعناها الخلقى والقانونى فى أصول الشريعة وأسسها ، فانا مع هذا كله نجد انها قد جمدت بجمود حياة المجتمع العامة ، وضعت بضعف النشاط الفقهي فى البلاد الاسلامية • فمصيورها فى الشريعة الاسلامية شبيه بمصيورها فى القانون الانكليزى • وفى الحق فان وسائل العدالة من رأى واستحسان واستصلاح كانت هدفا لانتقاد الناقدين منذ قديم الازمان خاصة من فقهاء الشافعية والحنابلة • وحملة ابن القيم عليها بأسلوبه الخطابى المعلوم ليست الا مثلا من أمثلة كثيرة • وتذكرنا هذه النقدا بما كان فقهاء الانكليز المحافظين يوجهونه الى العدالة ، حتى قال أحدهم وهو Seleden ان العدالة تختلف حسب رحابة صدر المستشار أو ضيقه ، وتباين بتباين أطوال اقدام المستشارين ...

خاتمة :

انه لمن المؤلم حقا أن يصير مصير التشريع الاسلامى الى ما نعهده من جمود وتقليد وضعف ليس من العدل ولا المصلحة نكرانه ، فقد سد المسلمون المتأخرون باب الاجتهاد على حد ما يقولون ، وأماتوا وسائل التجديد من استحسان واستصلاح • وقضوا بذلك على تطور ونماء التشريع • وتشترا في هذه الظاهرة الفرق الاسلامية كلها حتى الذين بقى عندهم باب الاجتهاد - من الناحية النظرية - مفتوحا ، فالامامية على حد ما يقول - الاستاذ محمد حسين آل كاشف الغطاء فى كتابه تحرير المجلة - « فتحوا باب الاجتهاد على مصراعيه حتى أدى ذلك الى الفوضى المضرة ، وصار يدعيه حتى من لا يصح ان يطلق عليه اسم المتفقه فضلا عن الفقيه • وبقيت المسلمين قد سدوا باب الاجتهاد بتاتا • واقتصروا على المذاهب الاربعة فضاء الاعتدال والوسط

فى هذه الناحية كما ضاع فى غيرها « وصار المسلمون بين افراط
وتفريط ...

على أن اللوم لا يقع على الشريعة ذاتها بل على بنيتها •

وعندى أن الفقه الاسلامى بأصوله المتينة ، وتراثه العظيم ، ودعوته
الدائمة للتجديد ، كفى بأن يرشدنا لأن نستخرج منه قانونا مدنيا ينظم
علاقاتنا بشكل صحيح يناسب الزمن الحاضر ، ويتفق والمصالح العامة وقواعد
العدل ، وخلق بنا أن نتخذ من أصول الشريعة ، واسس العدل التى
جاءت بها ، نبراسا يدفعنا الى التجديد ، وترك كل عتيق بال لا يتفق
وطبيعة الزمن ، مما لا تقره قواعد العدل والانصاف ، وشعارنا فى ذلك
كله قوله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » • وقوله عليه
السلام : بعثت بالحنيفية السمحاء ...

ومهما يكن من أمر فلا أحسب أننا بالغون هذه المرحلة ما لم
تتوفر لنا صفات ثلاث ، لابد لنا من ثقة ، وجهد ، وجرأة •

ثقة بأننا فى عصرنا هذا لسنا أقل كفاءة من أجيال اندرست ،
فليس لزاما علينا أن نتقيد بآراء وأحكام هى وان قال بها فقهاء مخلصون
مجزيون عا اجتهداتهم ، لا تصلح لنا اليوم • ولابد لنا من جهد فى
البحث وصبر فى التحرى والتنقيب ليس من طبيعة الاشياء أن يحقق
الناس جسيم الاعمال بسواه • ولابد لنا أخيرا من جرأة لا تخشى فى
العلم والحق لومة لائم •

القسم الثاني

الأحاديث



مهمتنا في توجيه الدراسة القانونية *

كان لكلية الحقوق العراقية ، ولم يزل ، رسالة عظيمة في تكوين البيئة القانونية ، وبث الثقافة الحقوقية في هذا القطر الناشئ .

وقد مضى عليها منذ تأسيسها نصف وربع قرن ، وهي جادة تعمل على نشر رسالتها والدعوة اليها بكل ما اوتيت من قوة وسلطان .

ولست الآن في معرض التحدث عن تاريخ هذا المعهد الجليل ، ولا في موقف تقدير الخدمات التي قدمها الى المجتمع ، ولا في مجال النقد لما يفتقر اليه من الوسائل اللازمة ليتمكن من القيام برسائله على الوجه الاكمل ولكنني أريد - في يوم العدل هذا ، وعلى قدر ما أستطيع في خلال الدقائق المحدودة المخصصة لي - ان اتحدث اليكم ، كأحد الذين نالوا الشرف مضاعفا بالدراسة في هذا المعهد ، والتدريس فيه ، عن المهمة الملقاة على عاتقه في توجيه الدراسة الحقوقية . ولهذا التوجيه من دون شك أكبر الأثر في سير العدالة في هذا القطر ، وتوطيد دعائم الحياة القانونية العلمية على امتن الاسس . وعلى هذا التوطيد يتوقف ، الى حد بعيد ، كيان مجتمعنا العام . وبعبارة أخرى

* القيت هذا الحديث في ربيع عام ١٩٤١ بطلب من وزارة الداخلية - وكانت المشرفة على شؤون الاذاعة - وباتتداب من كلية الحقوق ، وكنت استاذاً مساعداً فيها وذلك بمناسبة يوم العدل الذي أعدته دار الاذاعة .

أود ان اتحدث الى حضراتكم عما نرجو ان يوفق اليه هذا المعهد في مستقبل ايامه من انشاء وتجديد •

وحرى بنا ان نفكر ، ولو قليلا ، فى الموقع الفريد ، والمنزلة الممتازة التى يتمتع بها هذا المعهد ؛ وليست كلية الحقوق اقدم المعاهد العالية فى العراق فحسب ، وليست هى كلية قانونية - بالمعنى الضيق - بل هى فى ذات الوقت المؤسسة العالية الوحيدة التى تدرس فيها العلوم الادارية ، والسياسية ، والمالية ، والاقتصادية ، بالاضافة الى المواضيع القانونية البحتة • فهى بهذا الاعتبار حرية ان تعد البذرة الاولى أو النواة للجامعة العراقية المنتظرة التى نرجو ان تتحقق فى المستقبل القريب • فهى لا تنهى للمجتمع رجال القانون ، من محامين وقضاة ، فحسب ، بل تكاد تكون المصدر الوحيد لتخريج رجال السياسة والادارة ، وموظفى المال والاقتصاد • وطبعى ان هذا النصب الموفور ، والحال المحدود ، يجعل التبعات الملقاة على عاتق هذا المعهد كبيرة ، لتتناسب مع عظم المنزلة التى يتمتع بها •

وانه لحرى بهذا المعهد ان يدرك هذه المنزلة ويجسد فى اداء رسالته التى لا تزال قائمة ، بل لعلها اليوم اعظم لزوما من كل دور من ادوار حياة هذا المعهد •

واول هذه الواجبات « بث الروح العلمية » والسعى لانشاء « الطريقة الجامعية » فى الدراسة القانونية •

عندما أسست كلية الحقوق أولا فى أواخر عهد الدولة العثمانية ، وعندما فتحت ثمانية بعد الاحتلال البريطانى للعراق ، كانت مدرسة عالية ، وبقيت على تلك الحالة زمنا ليس بالقصير ؛ لكنها قد خطت

الخطوة الاولى - وحرى بها ان تعقب تلك الخطوة بخطوات -
وبدأت فيها بعض مظاهر الدراسة الجامعية . ولا احسب اننى بحاجة
الى الاسهاب فى شرح الفروق بين الدراسة العالية والدراسة الجامعية؛
ولكننى أستطيع ان أوجز الفرق بينهما بالجمل التالية :

بينما تهدف المدارس العالية الى تعليم طلابها أشياء معينة
بالذات ، وتعلّى عليهم ثقافة محدودة ، تسعى الجامعات الى تزويد
طلابها بالوسائل التى تمكنهم من اتقان ناحية من النواحي العلمية ،
وتعدهم اعدادا كاملا يؤهلهم لان يكونوا افرادا فى المجتمع مزودين
بثقافة رفيعة ، بكل ما فى هذا المصطلح (الثقافة الرفيعة) من معان .

واذا جاز لى ان اضرب مثلا مستمدا من طبيعة الزمن الذى
نعيش فيه - زمن الحرب والكفاح - أقول ان مهمة المدرسة العالية
شبيهة بمهمة اعداد الجندى ، فهو يعلم كيف يستعمل بندقيته او
سلاحه ، وكيف يصوب الى عدوه ، وكيف يكر ويفر ، وما الى ذلك
وكفى .

أما مهمة الجامعة فشبيهة بمهمة اعداد الضابط أو القائد ، فليس
الضابط ملزما بمعرفة الاوليات التى يعرفها الجندى فحسب ، بل عليه
فوق ذلك ان يتقن الخطط العسكرية ، وان يلم بأصول الحرب وان
يكون مستعدا لمواجهة الطوارئ ، وحل المشكلات على استقلال .

وواجب كلية الحقوق الثانى هو بث « الروح التجديدية » ونهية
وسائل الابداع . واعداد الرأى الخاص والعام للقيام باصلاح قانونى
شامل . ان فى كثير من أحكامنا القانونية - المدنية منها والعقابية
والادارية - نقصا ، وجورا ، وارتباكا ؛ . فهى بامس الحاجة للاصلاح
والتجديد . ولست الآن فى موقف أستطيع معه - ان كان بالامكان

ذلك - تعداد كل تلك الاحكام الناقصة أو الجائرة أو المرتبكة •
ولكن هذه حقيقة لا يمكن ان ينكرها ، أو يمارى فيها مطلع على

تكوين نظامنا القضائي والادارى •

فمهمة كلية الحقوق فى هذا الصدد ليست قاصرة على تعليم الناشئة
الاحكام القانونية كما هى ، بل عليها فوق ذلك ان تعطىهم فكرة عما
يجب ان تكون عليه تلك الاحكام •

على كلية الحقوق ان تغرس فى نفوس متتسبىها ميلا الى معرفة
القانون العادل ، واستعدادا للسعى وراء الكمال والعدل الممكن ، ما دام
الكمال المطلق ، والعدل المطلق مستحيلين •

وقريب من واجب التجديد هذا ، واجب ثالث هو • البعث
القانونى ، ، بلى ، لابد للدراسة القانونية فى هذا القطر ان تعنى بناحية
كانت ، مع الاسف الشديد ، الى زمن قريب ، مهملة فى مناهج الدراسة
القانونية •

انه لمن المؤسف حقا ان يتخرج الطالب فى كلية الحقوق وهو
يزعم ان الفقه الاسلامى قد جمع كله فى مجلة الاحكام العدلية ، (ان
مجلة الاحكام هذه كما يعلم هو ويعلم غيره غير منسقة وغير مصوغة
بأسلوب علمى ، وفيها مواد كثيرة أصبحت بالية لا تصلح لهذا الزمن ،
وانها فى كثير من احكامها ناقصة الى حد كبير) ••••• ولكن مجلة
الاحكام العدلية ليست كل الفقه الحنفى ، وليس الفقه الحنفى كل الفقه
الاسلامى ، وليس فقه المذاهب الاسلامية الخمسة المنتشرة اليوم فى
العراق كل التراث الاسلامى التشريعى ، بل ليس كل ما كتب أو نشر
فى مختلف المذاهب الفقهية - الحى منها والمنقرض - كل الاحكام
الاسلامية حصرا • ذلك لان سر خلود الشريعة الاسلامية هو

استعدادها للتجديد ، وان التجديد لا يتأتى الا باعطاء أصول مرنة وقواعد أساسية قوية ، وترك الفروع الى الاجتهاد الذى يجب ان يتغير بتبدل الاحوال وتغير الازمان ، وهذا ما تسلم به الشريعة السمحاء . فلا بد لنا اذاً من الرجوع الى الاحكام الاسلامية الاساسية كما هي فى الكتاب والسنة وفهمهما فهما صحيحا ، وتوجيه الناشئة الى دراستهما دراسة علمية متقنة .

ولا بد لنا أيضا من احياء تراثنا القانوني الخالد من دون تقييد بمذهب معين أو مدرسة مخصوصة . لا بد لنا من دراسة آراء فقهاءنا العظام ، كأبى حنيفة ، والثورى ، وابن ابى ليلى ، وابى يوسف ، وزفر ابن الهديل ، ومالك بن انس ، والليثى ، والشافعى ، وابى ثور ، وابن حنبل ، والاوزاعى والظاهرى ، والطبرى ، وجعفر الصادق ، وزراره ابن اعين ، وابن رشد وحفيده ، صاحب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وامثال هؤلاء من عظماء الفقهاء ونوابغ القضاة .

على ان كلية الحقوق تكون مقصورة فى اداء رسالتها ان لم تعمل على « ربط الماضي بالحاضر » ووصل « الشرق بالغرب » . لقد تقدمت الثقافة القانونية - كما تقدمت مختلف الثقافات ، وشتى أسباب التمدن - فى الغرب أشواطاً بعيدة ، وليس من الحكمة ، بل وليس من المصلحة ان نبقي فى معزل عن تلك الثقافة . فلا بد لنا من معرفة خصائصها الاساسية ، وتحرى أوجه الشبه والخلاف بينهما وبين ثقافتنا ، وبهذه الطريقة نستطيع ان نقبس ما هو صالح لنا منها ، وبذلك أيضا نطلع على طرق فى البحث والتفكير لم نصل اليها بعد . لا بد لكلية الحقوق ان تعد الناشئة - وهم الذين سيكونون رجال العدل والقضاء فى المستقبل - اعدادا يمكنهم من الارتواء من معين الغرب ، ويعرفهم

بمختلف المذاهب القانونية المهمة ؛ لابد لها ان تعرف طلابها بـ « فون سافيني » ، « والسير هنرى مين » والمدرسة التاريخية « وجون اوستن » والمدرسة التحليلية ، « ويرنك » « وباوند » « ودوكي » والمدرسة الاجتماعية « والدكتور كركه » « وكري » والمدرسة الواقعية ، « وكلزن » والمدرسة الفرضية •

بل لابد لكلية الحقوق ان تعلم طلابها شيئا عن « بوانيه » وقد عمت شهرته الآفاق حتى ليعد البروفسور « ألن » أستاذ فلسفة القانون فى جامعة اكسفورد آراءه مصدرا للقانون الانكليزى ، وبوانيه هذا هو فقيه فرنسا الكبير ، وكذلك « فرنسوا جنى » وهو من نوابغ فرنسا فى القانون المدنى •

بل لابد لكلية الحقوق ان تعرف طلابها بعض آراء « ستملر » وقد بلغت فلسفته القانونية الغاية فى دقة التحليل •

الحق ان ما يعرفه أكثر الحقوقيين عندنا من ثقافة الغرب القانونية هو بعض النظريات والآراء - التى فقدت قسما من أهميتها - والتي قال بها بعض مفكرى وفقهاء القرن الثامن عشر وأواخر القرن التاسع عشر من أمثال مونتيسكيو وروسو وكنت وبنام ، اما من ذكرنا من الفقهاء فى القرن التاسع عشر والقرن الذى نعيش فيه فلعل الاكثرية الساحقة لم تكن قد سمعت من قبل بأسمائهم •••

على أن الدراسة النظرية مهما دقت فهى لا تجعل من الفرد محاميا مبدعا ، ولا قاضيا فاضلا ، ما لم يكن الى جانب الدراسة النظرية توجيه عملى صحيح ، فلا بد لكلية الحقوق ان تعنى بهذه « الناحية التطبيقية » ، خاصة وانها مسؤولة عن اعداد الطلاب فى الناحيتين العلمية والعملية معا • ان بعض نظم العالم القضائية - خاصة النظام

الانكلو سكسونى - يقسم التشريف القانونى الى شطرين فيخص
الجامعة بالقسم النظرى ، ويودع القسم العملى الى النقابات القانونية التى
تقوم بهذه المهمة باعداد دروس عملية ، واجراء تطبيقات تمكن المبتدىء
من معرفة الاصول العملية فى سير المرافعات ، وجميع المراجعات
القانونية • اما عندنا فلا تقوم النقابة بأى عمل من هذا القبيل ، فبقى
إذاً على كلية الحقوق ان تقوم بعمل الجامعة والنقابة فى الوقت ذاته •••
هذه بعض واجبات كلية الحقوق العراقية ، ومنها يتضح جلياً
عظم التبعة الملقاة على عاتقها ، وانا لنرجو مخلصين ان توفق - بعد تهيوء
الاسباب - الى القيام بهذه الواجبات على الوجه الاكمل ، وان تحيى
بذلك لبغداد ، لا بل للعراق والعالم العربى أجمع ، العهد الفقهى
الذهبي السعيد •

في الاصلاح القانوني

- قانون العقوبات* -

يشعر الكثيرون من مفكرى هذه البلاد بحاجة شديدة للاصلاح في مختلف نواحي الحياة • فنظمتنا السياسية ، وأحوالنا الاقتصادية ، وشؤوننا الاجتماعية ، ومقاييسنا الخلقية ، ومعتقداتنا الدينية ، وقواعدنا القانونية ، مفتقرة الى الاصلاح الشامل والتجديد الجذرى •

وشعور الناس - في كل مجتمع - بالحاجة للاصلاح شعور طبيعى ، وهو دليل قوى على يقظة الامة وتنبهها ، وبرهان قاطع على حياتها ، والامل فى نموها ، واطراد تقدمها ؛ وذلك لان كل ما فى هذا الكون متجدد متغير ، وعدم تلافى الهوة التى تحدث عادة بين تطور المجتمع الطبيعى وجمود قواعد ونظمه ، بالتجديد والاصلاح ، يؤدى حتما الى تأخر المجتمع وذبول مدينته ، ومن ثم زواله وانقراضه •

وقد كان لهذه البلاد ، وخاصة فى مختلف أطوارها التاريخية السالفة ، شأن عظيم وذلك لانها كانت تسير ركب الحضارة ، بل كانت تنشئ تلك الحضارة انشاء ، وكانت قابضة فى أحيان كثيرة على زمام

* القى من دار الاذاعة العراقية فى الساعة السابعة من يوم الجمعة المصادف ١٨-٨-١٩٥٠ •

العالم ، ورافعة بيدها مشعل النور تقوده - وهي في الطليعة - الى
حيث المجد والعز والرقى •

لقد مر بعد ذلك على هذه الامة حين من الدهر وهي في رقادها
العميق ، وركودها التام ، حتى صارت في مؤخرة الركب ، بعد ان كانت
لها الصدارة ...

وليس في مقدورى الآن ان أعالج الاسباب والعلل التى أدت بنا
الى هذا المصير الذى لا نغبط عليه ، ولست أريد أيضا أن اتحدث عن
شتى نواحي الاصلاح ، وانما اود - بقدر ما يتسع الوقت المحدد لهذا
الحديث - ان أقصر البحث فى الناحية القانونية ، أو على الادق فى
ناحية واحدة من النواحي القانونية وثيقة الصلة بحياة الناس واعنى
بها الناحية العقابية •

وقبل هذا أرى من المفيد ان اوجه الانظار الى الحالة القانونية
الراهنة فى العراق بصورة عامة ، والى المزيج الغريب من الاحكام
القانونية السائدة فى هذا القطر • فأحكامنا القانونية المطبقة اليوم
والمرعية الاجراء فى المحاكم والدوائر تحتوى على عناصر غريبة متنافرة
أشد التنافر • فبينما لم نزل نطبق بعض القواعد العرفية القبلية فى
بعض قضاياها ، نرى من الناحية الاخرى باننا قد استوردنا بعض
القواعد القانونية الراقية التى لم تمثلها بعد من الغرب • والاصول
التاريخية لاحكامنا القانونية عديدة ومتشعبة ؛ فقد كانت الحكومة
العثمانية التى ورثنا عنها أكثر قوانيننا المهمة عيالا فى تشاريعها على
الشرعية الفرنسية التى اقتبست منها بعد تحريف طفيف كثيرا من
القوانين والاحكام ، وخاصة فى المسائل التجارية والعقابية والاصولية •
ثم انها فى أواخر أيامها قد اتجهت ، قبل الحرب العالمية الاولى ، شطر

ألمانيا ومالت لذلك الى دولة القيصر في الناحية القانونية وكثير من القوانين المعمول بها الى اليوم في العراق ، والتي صدرت في تلك الفترة قد اقتبست من القوانين الألمانية . وبعد ان احتل الانكليز العراق ادخلوا بعض القوانين التي كانت مطبقة في المستعمرات أو الممتلكات البريطانية ، وقانون الشركات الهندي المطبق الى اليوم في العراق خير دليل على ذلك . وفيما عدا فرنسا وألمانيا وانكلترا فقد اقتبسنا من بعض دول الغرب بعض أحكامنا القانونية الحالية ، مما لا يتسع المجال لسرده الآن والى جانب العرف المحلي ، والقوانين الغربية ، تقف الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي ، كمصدر أساسي للتشريع العراقي الحديث ، وخاصة في مسائل الاحوال الشخصية والقضايا المدنية من معاملات البيع والاجارة والهبة والرهن وما الى ذلك . ولكننا في هذه الناحية أيضا قد قيدنا انفسنا بقيود كثيرة والتزمنا بمسائل شكلية عديدة ، ولم نتحرر فنأخذ من كل شيء أحسنه ، بل جمدنا على بعض المذاهب وتقيدنا ببعض الفتاوى التي أقل ما يقال فيها انها لم تعد تصلح للحياة العصرية الراهنة

اما القانون العقابي ، وهو المعروف بقانون العقوبات البغدادى ، فقد شرعه القائد العام للقوات الانكليزية المحتلة للعراق ، وطبق أولا في ولاية بغداد ، ومن ثم شمل العراق بكامله ، وقد حل محل قانون الجزاء العثماني ، وقد اعتمد واضعوا هذا القانون كثيرا على القانون العثماني الملغى ، واقتبسوا من مشروع القانون العقابي المصري ، والقانون السوداني . وبعض الاحكام قد اقتبست من قانون المنطقة الدولية في طنجة . وعلى العموم فقد اعتمد واضعوا قانون العقوبات البغدادى كثيرا من أحكام قانون العقوبات الفرنسي ونظريات فقهاء

فرنسا مع بعض تحريفات وتغييرات اقتضتها ظروف الاحتلال •

وقد وضع هذا القانون كقانون وقى للعمل به من قبل المحاكم التي انشأتها السلطات العسكرية البريطانية حينذاك ، ثم بقي العمل به في العراق الى اليوم رغم أن واضعيه أنفسهم أشاروا بلزوم تغييره ومراجعته مراجعة شاملة متى توافر الاشخاص اللازمون ، ووجد الوقت الكافي • وقد أصدرت الحكومة الوطنية في العراق منذ تكوينها عدة تعديلات وذيول لهذا القانون ، ولكن تلك التعديلات والذيول لم تعالج الا بعض المسائل الخاصة أو الحالات الطارئة • وبقي معظم القانون على شكله القديم • وقد وضعت عدة لوائح « لقانون العقوبات العراقي » ولكن الظروف السياسية ، وعدم استقرار الحياة النيابية في العراق حالت دون انجازه وتشريعه على الرغم من الحاجة الماسة الى ذلك (١) •

وقانون العقوبات الحالي معيب من وجوه عديدة ؛ فهو معيب أولا لانه وضع في ظروف الاحتلال ، وروعت فيه مصالح المحتل وجيوشه ، ونصه الرسمي هو النص الانكليزي ، والنص العربي ليس الا ترجمة غير دقيقة ، والتعارض والاختلاف بين النصين معلوم لدى المعنيين بالشؤون العقابية ، وهو معيب ثانيا لانه قد حوى على بعض المبادئ والاحكام القاسية المخالفة للروح العلمية ، والنظريات القانونية المقبولة في العالم المتمدن ، ومن ذلك مثلا نصوصه حول « الاتفاق الجنائي »

(١) لعل من الطريف ان نعلم بان اللائحة التي تم وضعها مؤخرا ، أي في مطلع هذا العام (١٩٥٨) هي الاخرى لم تشرع اذ حل المجلس النيابي قبل النظر فيها • وهكذا بقيت عيوب قانون العقوبات دون معالجة •

وكيف انها حطمت المبدأ القائل بان « مجرد التفكير والتصميم لا عقاب عليه » . وهو معيب كذلك لان بعض نصوصه لا تنطبق مع روح المجتمع العراقي ، وطبائع أهله بحال من الاحوال . فمن ذلك انه يعتبر مثلاً من يقتل ابنة عمه وهى متلبسة بجريمة الزنا كالقاتل قصدا وليس له ظرف قانونى مخفف ، كذلك يعتبر تفريقه بين القتل قصدا مع سبق الاصرار والقتل قصدا دون سبق اصرار مشجعاً لارتكاب جريمة القتل ، ولو ان القانون سوى بين الحالتين كما سوت الشريعة الاسلامية ، والاحكام العقابية الانكليزية ، لكان ذلك - فيما أرى - اجدى لردع المجرمين عن سفك الدماء .

وقانون العقوبات البغدادى معيب أيضا لانه قد اعتبر الاخلال ببعض العقود المدنية جريمة يعاقب عليه ، كما انه لم يميز بين الجريمة السياسية والعادية ، والقوانين الحديثة تضع فروقا واضحة فى عقاب المجرم الشرير الخطر الذى يسفك الدم ، أو يسرق المال ، أو يهتك العرض ، وبين صاحب العقيدة السياسية الذى قد يدفعه التعصب لمبدئه للقيام بحسن نية ببعض الاعمال الفاشلة التى تقع تحت طائلة العقاب . هذا بالاضافة الى ارتباك الصياغة وشدة العقوبات فى بعض الاحيان ، وتفاهتها فى أحيان أخرى ، وفقدان التوازن بين الغرامات ومقدار السجن ، وما الى ذلك من نقائص عديدة لا سبيل لتلافيها الا باصدار قانون عقابى جديد ، يصاغ صياغة فنية محكمة ، وتستوحى فى وضعه روح المجتمع ، وحالته وطبيعة سكانه وتقرب أحكامه - ما أمكن التقريب - من الفقه الاسلامى العقابى وهو فقه غزير المادة ، عملى النزعة يناسب كثيرا حياة أبناء هذه البلاد . . .

ومن البديهي أن أى اصلاح قانونى لا يرتجى منه كير نفع
ما لم يسبقه اصلاح جوهرى للذين يطبقون القانون ، ويضعون الحياة
فى نصوصه الجامدة ، وذلك بحسن اختيارهم ، ورفع مستواهم ،
وتمكين استقلالهم فى احكامهم ، والتسليم لهم بانهم سلطة قائمة بذاتها ،
ليس للسلطة التنفيذية أو التشريعية ، أو كائن من كان من البشر ،
سلطان عليهم ، بل عليهم ان يصدروا احكامهم بدافع شعورهم الذاتى ،
وبوحى ضمائرهم ، وعندئذ يستقر بال الناس ، ويؤمنون على أموالهم
وأفئسهم وأعراضهم ، ويشعرون بنعمة العدل ، ويرفلون بسعادة
الطمأنينة والاستقرار

(٣)

في الاصرع القانوني

- الاحوال الشخصية * -

تحدثت في حديثي السالف عن بعض وجوه النقص في احكامنا العقابية وأرى من المفيد ان اقصر حديثي في هذا المساء على ناحية من نواحي حياتنا القانونية هي الاخرى وثيقة الصلة بالحياة العامة لجميع الافراد ، وهي أيضا بحاجة شديدة الى الاصلاح ، واعني بها الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية • وبحث الاحوال الشخصية يشمل القواعد والاحكام الخاصة بالزواج والطلاق وحقوق الزوجة من صداق ونفقة وعدة وحضانة ؛ وعلى العموم كل ما يتصل بحياة الانسان من ميراث ووصية ونسب وولاية وما الى ذلك •

وهذه الناحية مهمة جدا لانها تتصل بحياة كل فرد تقريبا بوجه من الوجوه • واذا استثنينا تلك الفئة الصغيرة الموجودة في كل مجتمع بشري ، والتي تعيش عادة على هامش الحياة ، جاز لنا ان نتصور ان كل انسان في كل مجتمع يعنيه هذا الامر في ناحية واحدة أو أكثر ؛ فكل انسان هو في الواقع اما ان يكون زوجا أو زوجة أبا أو أما ، وارثا أو موروثا ، مطالبا بنفقة أو مطالبا غيره بنفقته ، وليا لشخص أو

* القى من دار الاذاعة العراقية في ٢-٩-١٩٥٠ .

شخص ولاية عليه ، وهذه الحالات واضرابها بعض ما يتصل ببحث
أحكام الاحوال الشخصية ...

ومن المعلوم بان احكام الاحوال الشخصية تكون قسما أساسيا
من القوانين المدنية بمعناها الشامل ، بل انها الجزء الحيوى من تلك
القوانين . ومعلوم أيضا أن أحكام الاحوال الشخصية فى العراق
مستمدة من الفقه الإسلامى باعتباره القانون الشامل الذى يسرى على
الجميع ، وفيما عدا بعض المسائل الجزئية المتعلقة بالنكاح والتفريق
والنفقة الزوجية التى تطبق بشأنها الاحكام الدينية الطائفية لليهود
والمسيحيين ، جاز لنا القول بان الفقه الإسلامى هو بمثابة القانون
الرسمى النافذ المفعول على جميع سكان العراق على اختلاف اديانهم
ومذاهبهم .

ومن الملاحظ ان كثيرا من الباحثين يتحاشون الخوض فى هذه
الناحية خشية المساس ببعض المعتقدات الدينية ، وخوفا من استنارة
غضب المتعصبين وتعميرى النظر . وعندى ان هذا الموقف غير سليم ؛
اذ ان احكام الاحوال الشخصية كما علمنا تتصل اتصالا كليا بحياة
الافراد ، وعليها - الى حد كبير - تتوقف سعادتهم أو شقاؤهم ، فمن
الحق اذا ان تعالج من المفكرين والباحثين بحرية تامة ، كما تعالج
مختلف الشؤون الأخرى . والذين يشفقون من الخوض فى الامور
الفقهية المتعلقة بأحوال الانسان خشية اثارة غضب المتعصبين والمتمزتين
يخطئون أشد الخطأ ، ويقصرون كل التقصير ، وذلك لان (الاسلام)
فيما احسب لا (المسلمين) يجب ان يكون رائدهم ، والاسلام بحمد
الله دين سمح ، وشريعة يسر ، فلن يضره رأى مرتء ، ولا اجتهاد
مجتهد ، والاسلام ، فوق ذلك ، دين عقلى يدعو للتفكير ، ويطلق

العقول من اصفادها • وقد انتظمت الشريعة الاسلامية فى سالف
العصور آراء متباينة ، ومذاهب متعارضة ، وأفكار متضاربة ، لم
يخرجنا ذلك كله عن حظيرة الاسلام الرحية • وقد اتسعت عقول
المسلمين وصدورهم فى عصورهم الزاهرة لمناقشة شتى الآراء والأفكار
والاجتهادات • ولعل الخير كل الخير فى ذلك الاختلاف والتعارض •
اذ باستطاعة الباحث المحصص النير اليوم ان يقتبس من مختلف المذاهب
والآراء ما يصلح لزمانه الذى يعيش فيه ، ويسير روح العصر ،
وسنن التقدم • وفى هذا خدمة للشريعة الاسلامية ذاتها ، وعامل قوى
من عوامل نموها ، واطراد تقدمها • وعلى العكس من ذلك فان الجمود
على مذهب معين ، وآراء خاصة دون سواها رغم ما فى بعضها من
اجحاف وضرر ، مسببة للشريعة ، ووسيلة لصرف الناس عنها ،
والزهد فيها •

وحرى بنا ان نتنبه بهذه المناسبة الى أن ما ألفناه من أحكام
وقواعد ، وما نراه مطبقا فعلا فى محاكمنا وهيئاتنا القضائية ، ليس هو
فى الواقع كل الفقه الاسلامى • فقلما نجد رأيا معمولاً به ولا نجد
آراء معارضة له كل المعارضة أو بعضها ، وقلما نجد اجتهادا مفتى به
ولا نجد اجتهادات أخرى تخالفه كل المخالفة أو بعضها • هذه حقيقة
يعرفها المشتغلون بالفقه والقضاء ، ويعرفها المتضلمون فى الشؤون
الاسلامية • وعلى هذا فلا يضير الاسلام قليلا ان تنتقص بعض الآراء
والاجتهادات المعمول بها فى محاكمنا اليوم •••

والذين مارسوا القضاء الشرعى ، ونظروا فى قضايا المواد
الشخصية ، يعلمون قبل غيرهم مقدار الحاجة الى الاصلاح فى هذه
الناحية للتخفيف من وطأة المصائب والويلات التى كثيرا ما تعرض لها

الأفراد ، وتعرضت لها الأسر والحياة العائلية ، وذلك نظرا لصرامة النصوص حينا ، وضيقها أحيانا أخرى ...

ولقد شعرت الحكومة العراقية نفسها بالحاجة الماسة للإصلاح في هذا الحقل فوضعت قبل بضع سنوات لائحة للأحوال الشخصية كانت في معظم أحكامها بمثابة التدوين والتقنين للأحكام الجارية والمطبقة فعلا في محاكمنا مع بعض الإصلاحات الجزئية ، ولكن تيار الرجعية وتردد المسؤولين ، واضطراب الحياة النيابية ، تصافرت جميعا للحيلولة دون انجاز تشريعها ، وكان من المحتم على الحكومة العراقية لو أرادت ان تسير ركب الحضارة ، وتحقق متطلبات هذا العصر - ان تحذو حذو مصر (شقيقتنا الكبرى) فتضع قانونا موحدا للأحوال الشخصية يسرى مفعوله بقوة التشريع على جميع العراقيين على اختلاف عقائدهم ومذاهبهم ، على ان تقتبس احكام هذا القانون الموحد من احكام الفقه الاسلامي دون التقيد بمذهب أو مذاهب معينة ، ومن دون التقيد بالمذاهب الحية دون المنقرضة ، ولا الاقتصار على ما قال به جمهور الفقهاء والآراء المفتى بها . وعلى ان لا يكتفى بما ورد بالمتون المعتمدة وأمهات الكتب ، بل يجب اعتبار الفقه الاسلامي كله بمختلف مذاهبه وآراءه ، بشتى عصوره ثروة عامة مشتركة يستخلص منه ، ومن آراء كبار المفسرين ، وعلماء الشريعة ، ما يصلح ان يكون قانونا يحقق متطلبات الحياة الحديثة ، ولا يخرج بنطاقه عن روح الاسلام .

وعلى الذين يتولون استخلاص هذا القانون ان يضعوا نصب أعينهم أمرين أساسيين ؛ اولهما ان الاسلام دين يسر لا حرج فيه ، وعليهم ان يختاروا أيسر الاحكام وأقربها الى حاجة الناس ، وثانيهما ان الاسلام ، في اسسه ، دين عقلى علمي فعليهم ان يستخلصوا من

القواعد والاحكام أقربها للعقل والعلم الصحيح •

ولست بطبيعة الحال ادعو للخروج على نص الكتاب أو الثابت من صحيح السنة • ولكن من الحق علينا أن نقرر أن الفقه الاسلامي ، وما يتصل منه بحياة الانسان وأحواله الشخصية خاصة ، كان موضوع دراسة مستفيضة ، وبحث طويل ، واجتهادات عديدة ، وأن جمود الحكومة العثمانية فيما مضى على فرع واحد من فروع الفقه الاسلامي - هو الفقه الحنفى - لم يكن دائما في صالح المسلمين • ففى كثير من فروع المذاهب الاسلامية الاخرى كثير من الآراء والاحكام التى هى أيسر بمصالح الناس ، وأقرب لروح العدل والحسنى •

ومهما يكن من أمر فإن انقسام المسلمين اليوم فى شؤونهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية الى محاكم طائفية • أمر يتعارض مع الحياة الاجتماعية الحديثة من وجوه عديدة أهمها حدوث الاضطراب الاجتماعى ، وفقدان الانسجام بين أبناء الأمة الواحدة •

وكثيرا ما تتعارض الاحكام بين النظامين القضائيين كل التعارض • فقد تعتبر امرأة ما بائة من زوجها بينونة كبرى فلا يحل لها زوجها حتى تنكح زوجا غيره ، وهى فى نظر القضاء الآخر لم تنزل زوجته الشرعية • وقد يعتبر شخص وارثا وهو فى عرف النظام الآخر محروم بالكلية من التركة ، وقد ترى محكمة ان الحضانة للام بينما ترى المحكمة الاخرى بان حضانة الصغير لابه وما الى ذلك من خلافات عديدة • وناهيك عما تحدثه امثال هذه الاختلافات من اضطراب اجتماعى ، وبلبلة عظيمة •••

وما احرانا اليوم بان نتذكر ما قاله عبدالله بن المقفع فى كتابه البليغ (رسالة الصحابة) ، وهو يستحث الخليفة العباسى أبا جعفر المنصور لوضع قانون واحد يسرى مفعوله

على الجميع ؟ (ونشأ من ذلك صدور الاحكام المتناقضة حتى في البلدة
الواحدة فتستحل دماء ، وفروج وأموال في ناحية من نواحي الكوفة ،
وتحرم في ناحية أخرى تبعاً لحكم القاضى وكل ذلك نافذ على
المسلمين) • ترى ماذا يقول اليوم ابن المقفع لو اطلع على أوضاعنا
الحاضرة أو احكام حكامنا وقضائنا ؟؟؟

علينا ان نتلافى هذا النقص ونتداركه ، وعلينا ان نعالجه بجرأة
وصراحة واخلاص • فليس من مصلحة المسلمين اليوم أن يتفرقوا
طوائف وشيعا ، وليس من مصلحتهم فى شىء ان تتباين أحكامهم ، وان
يجد بعض ذوى المأرب والغايات من ذلك وسيلة يلجونها ليدركوا
بعض ما ربههم ومطامعهم •

ان عجلة الزمن تمر سريعاً ، وان الاعداء - وما أكثرهم -
يقفون لنا بالمرصاد ، ومن أوجب واجبات المخلصين ان يسدوا الثغرات ،
ويقطعوا بذلك دابر السوء ، وليس أفعل فى ذلك من ان يظهر أبناء
هذه الامة كتلة واحدة تعبد الهاً واحداً ، وتهتدى بقرآن واحد ، وتعتر
بمثل واحدة ، وتخضع لقانون واحد ، وشريعة واحدة ...

(٤)

في الاصلاح القانوني

- القانون الادارى * -

موضوع حديثي في هذا المساء واسع الاطراف متعددة الجوانب ومجال القول فيه كبير ، اذ القانون الادارى - كما هو معلوم - فرع مهم من فروع القانون العام ؟ وهو لذلك يتصل بالحياة العامة اتصالا كلياً . وهو من دون شك حري بالدراسة المستفيضة ، والبحث الدقيق ، والنقد العريض ، والحديث الطويل ، اذ بصلاح الاداء الحكومية تصلح - الى حد كبير - حياة الافراد والجماعات ويتحقق الاستقرار وتعم الطمأنينة وينال الناس اوفى نصيب من السعادة والهناء . وليس في مستطاعى في الوقت القصير المحدد لهذا الحديث الا ان امر سراعاً ببعض وجوه النقص في قانوننا الادارى أو على الادق في قوانيننا واحكامنا الادارية وذلك لاننا - ككل الدول الحديثة تقريباً - نخضع في شؤوننا الادارية الى عدد كبير من القوانين والانظمة والتعليمات والقواعد المستقرة في الروتين « الحكومى » - هذا مع محاولة وصف بعض طرق العلاج للتخلص من تلك الشوائب ووجوه النقص التى كانت - ولم تنزل - سبباً لامر الشكوى من الافراد الاعتياديين المعنيين بالمسائل الادارية ،

* اذيع من دار الاذاعة العراقية بتاريخ ٢٩-٩-١٩٥٠

ومن الباحثين الدارسين لنظمتنا واحكامنا الادارية دراسة علمية
موضوعية •

وعندى ان اهم النقائص فى هذا الصدد يمكن اجمالها فى
خمس مسائل وهى :-

اولا - المركزية الشديدة ؛ اذ من الملاحظ ان الاعمال الحكومية
فى العراق تسير فى مركزية مركزة جدا ، فالقضية الواحدة-حتى وان
كانت بسيطة - تمر فى مراحل عديدة ، وتتداورها ايدى كثيرة ، قبل
ان يبت نهائيا فيها • فمن الكاتب الى الملاحظ ، ومن الملاحظ الى المميز ،
ومن المميز الى المدير ، ومن هذا الى المدير العام ، وقد لا ينتهى الترحان
عند هذا الحد بل قد يقف المدير مكتوف اليدين حيال القضية فلا يرى
من حقه - أو انه لا يرى من الكياسة وقد جرب الوزراء وعرف
اهواءهم ومشاربهم - ان يبت فيها قبل ان يرفعها الى الوزير • ومن
يدرى فقد يتردد بعض الوزراء فى البت فيها قبل الاستئناس بآراء
رئيس الوزراء او بعض زملائهم من الوزراء • وفى كل مرحلة من
مراحل هذا التطواف الطويل تسير المعاملات التكميلية ببطء متناه •••
وقد ترقد الاوراق والملفات اياما وليالى على بعض المناضد او فى بعض
الادراج • وصاحب الحاجة المسكين يتلوى ويتنظر على احر من
الجمر •

وهذه المركزية الشديدة جارية فى جميع اعمالنا الحكومية ؛
الوزارية منها والادارية الاقليمية على حد سواء • فمدير الناحية ملزم
يعرض القضايا على القائم مقام ، والقائم مقام ملزم بالاتصال بشأنها

بالتصرف ، وهذا قد لا يرى من المناسب ان يت فيها قبل معرفة رأى وزير الداخلية وهكذا ...

ان هذه المركزية الشديدة طريقة عتيقة بالية وهى مبنية على سوء الظن بالموظفين ، وعدم الاطمئنان الى قابلياتهم من جهة ، والى حب السيطرة من قبل الوزراء على جميع اعمال وزاراتهم ، حتى التافهة منها من جهة اخرى . وهذه الطريقة القديمة لا تصلح مع متطلبات هذا العصر ؛ اذ الوزير فى الدول الديمقراطية الحديثة شخصية سياسية لا تعنى الا فى المسائل الكبرى . ومهمته الاساسية فى الدول البرلمانية الارشاد والتوجيه والنظارة العامة . اما فيما عدا ذلك فيجب ان تحدد القوانين والانظمة المسائل بصراحة تامة ، ويجب ان يناط بالموظفين العموميين الاكفاء امر البت فيها بالسرعة اللازمة والحياد التام .

ثانيا - والنقص الكبير الثانى - وهو بمثابة النتيجة لما اسلفنا ذكره من مركزية شديدة - هو تقليص سلطات الموظفين الدائمين وجمع السلطات الادارية الفعلية بيد الوزراء . وليس من مصلحة الافراد فى شىء ان تناط شؤونهم وتعلق مصائرهم بأيدي اشخاص سياسيين - هم على فرض خلوهم من الاغراض والاطمئنان الى كفاءاتهم - متغيرين متبدلين . هذا وليس من اللازم اليوم فى الوزير ان يكون من أصحاب الاختصاص الفنى فى شؤون وزارته ؛ فليس من الضرورى ان يكون وزير الاشغال والمواصلات مثلاً مهندساً ، ولا وزير المعارف مربية ولا وزير الاقتصاد عالماً اقتصادياً . ولا سبيل لمعالجة هذا النقص الا باشاء منصب وكيل الوزارة الدائم وبه يجب ان تناط كافة أعمال الوزارة الرتيبة ، واليه يجب الرجوع فى كل مسألة فنية تخص

الوزارة ويجب ان ينصرف الوزير الى الشؤون العليا ، وتحقيق أهداف البلاد الوطنية ، والاصلاحات الاساسية . وانه لمن المؤسف حقا ان نرى بعض الوزراء يصرفون جل أوقاتهم فى اتفه الشؤون من احلال موظف محل آخر ، وترفع هذا وتأخير ترفع ذاك ، واقضاء فلان وتقريب فلان ، وما الى ذلك من مسائل كان من اللازم ان يجد الوزراء أنفسهم أرفع منها شأنا وان أوقاتهم الثمينة لا تسمح لهم بالاشتغال بأعمال تلك النوافل وترك الفروض .

ثالثا - والنقص البارز الثالث هو فقدان القضاء الادارى بالمعنى الصحيح ؛ اذ من المعلوم بان المقررات الادارية فى العالم الحر تخضع اما لرقابة القضاء الاعيادى او لرقابة هيئات قضائية خاصة تعرف « بالقضاء الادارى » . ولا بد اذن اذا أريد الاستقرار والاطمئنان الى المقررات الادارية والحكومية من انشاء هيئة تملك حق ابطال كل قرار مجحف أو تعسفى - ولس هو من اعمال السيادة التى يجب ان تبقى السلطة التنفيذية حرة فى اتخاذه ولا رقابة عليها فيه الا للسلطة التشريعية . والقضاء الادارى لا يتحقق الا بانشاء مجلس الدولة أو كما كان الاتراك العثمانيون يسمونه « شورى الدولة » وقد خطت مصر فى هذه الناحية خطوة مباركة اذ انشأت قبل بضع سنوات مجلس الدولة واناطت به بالاضافة الى مهمتى « التقين » و « الاستشارة » مهمة القضاء الادارى ، وصانت بهذا التشريع العظيم حقوق الافراد والموظفين على حد سواء .

رابعا - ولا شك ان من وجوه النقص فى نظمنا الادارية والقضائية خضوع الشعب الى نظامين متعارضين احدهما خاص بالمدينين والآخر خاص بالقبليين أو افراد العشائر . ولست انكر

بطبيعة الحال ان العراقيين هم اما سكان مدن أو انهم افراد عشائر
يسكنون القرى والارياف والجبال والاهوار - ولست انكر وجود
بعض الفوارق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية بينهم ؛ ولكن ذلك
كله لا يبرر ان يبقى نظام دعاوى العشائر المدنية والجزائية الى اليوم
رغم مرور قرابة ثلث قرن على تكوين الحكومة العراقية ، أو على أقل
تقدير ليس من الصواب ان تبقى احكام التشريع السالف الذكر على
حالتها الراهنة . ولا بد على كل حال من تقليص سلطات وزير الداخلية
في هذا الشأن . ولا بد قبل ذلك من العمل الجدى لتوحيد الشعب
والقضاء على دواعي الفرقة والتمايز . والسلطات الادارية قادرة - لو
صحت العزائم وصدقت النيات - على ان تعمل في هذا الصدد الشيء
الكثير .

خامسا - أخيرا وليس آخرا ، فان من أهم خصائص قوانيننا
الادارية هو طغيانها على القضاء وهذا نقص عظيم يجب الجد في
تداركه . ومن ينظر في أحكامنا وتشاربعنا تهوله السلطات الواسعة
والاعمال القضائية الصرفة المناطة برجال الادارة . ولست بحاجة الى
ضرب الامثلة فهي كثيرة جدا ومن المؤلم ان تكون بعض قوانيننا -
ذات الصفة القضائية الخاصة - كقانون اصول المرافعات الجزائية
يعترف بهذا الوضع . ولا بد في كل مجتمع صحيح التكوين من سيادة
القضاء ، ولا بد من قصر الامور القضائية على رجال السلطة القضائية
ذاتها والا تعرضت حقوق الافراد واموالهم وحررياتهم الى كثير من
العنت والضياع والاضطهاد .

ولا يفوتني ان أشير في مختتم حديثي هذا الى ان الحكومة العراقية
قد شعرت هي الاخرى ببعض هذه النقائص وعملت أخيرا - ولو بمفيس

صغير - على تحقيقها • فقانون ادارة الاولوية الاخير خفف من المركزية
واوجد مايسمى بالمركزية اللاوزارية فى بعض الشؤون المحلية الخاصة
بالصحة والتعليم وتنظيم الطرق وما الى ذلك من شؤون محلية • ووزارة
الداخلية شاعرة بلزوم تعديل قانون « نظام دعاوى العشائر المدنية
والجزائية » والتخفيف من سلطات وزير الداخلية • وقد وضعت لائحة
لقانون وكلاء الوزارات لم يكتب لها بعد أن تشرع جملة وان سبقت
وزارة الخارجية الوزارات الاخرى بايجاد منصب وكيل الوزارة الدائم
وحققت بذلك نوعا من الاستقرار فى شؤون تلك الوزارة •

ولائحة « مجلس الدولة » تنتظر حكومة قوية مستقرة ، وحياة
نيابة قديمة ، ليم تشريعها ويحظى عندئذ الافراد بنفع عظيم •

ولعل من المفيد أن أشير هنا الى أن اصلاح الجهاز الحكومى
والادارة لايمكن تحقيقه باصلاح الاشخاص أو احلال بعضهم محل
البعض الآخر فحسب ؛ اذ لابد مع ذلك من اصلاح جذرى فى ماكنة
الدولة وأجهزتها • فلن يستطيع أمهر السواق وأحذقهم أن يقود
سيارة عتيقة محطمة دب انتهرى فى جميع أجزائها ، فلا بد اذاً من
سائق ماهر ، وماكنة صالحة ، لتسير القافلة بسرعة ودقة وسلام •••

في الاصرح القانوني

- احكام الاراضى * -

موضوع حديثي في هذا المساء يتعلق بأمر حيوى جدا ، وهو
لذلك جدير بالبحث والتدقيق ، ذلك لان مشكلة الاراضى من المشاكل
الاساسية التى تحتاج الى جهود جبارة ليس من اليسير التغلب عليها
وهى مشكلة وثيقة الصلة بحياتنا السياسية ونظمتنا الاقتصادية وأحوالنا
الاجتماعية . ولست أبالغ ان قلت انها المشكلة الاولى التى يتوقف على
حلها حل كثير من مشاكلنا الاخرى . وليس من الممكن معالجة هذا
الموضوع الخطير معالجة مجدية فى بحث عابر أو حديث قصير ، ولكننى
رأيت من المناسب اتماما لسلسلة الاحاديث التى بدأت بها منذ أسابيع
خلت ، والتي حاولت بها معالجة شؤوننا القانونية على اختلاف فروعها
أن لا أهمل قانون الاراضى ، أو على الادق ، أحكام الاراضى فى العراق
ولو كان ذلك بشكل موجز وبحث خاطف .. وأول ما يلفت النظر
فى أحكام الاراضى فى العراق وجود أنواع عديدة من الاراضى لكل
منها أحكامها الخاصة ، وقوانينها الباعثة فيها . فهناك الاراضى المملوكة
وهناك الاراضى الموقوفة - وهى أما تكون من الاوقاف الصحيحة
الخيرية أو الذرية واما أن تكون من الاوقاف غير الصحيحة التى

* القى هذا الحديث من دار الاذاعة العراقية بتاريخ ١٥-١٠-٩٥٠

تعرف بالارصادات - وهناك الاراضى الاميرية ؛ وهذه بدورها تقسم الى اراضى أميرية صرفة ، وهى التى تعود رقبتهأ أى ملكيتها القانونية وحقوق التصرف بها - أى استغلالها والانتفاع بها - الى الدولة مباشرة ، وإلى اراضى أميرية مفوضة بالطابو وهى التى تكون فيها ملكية الرقبة المجردة لبيت المال ، واما حقوق التصرف فيها فتعود للأفراد ، وإلى اراضى أميرية ممنوحة باللزمة وهى كالاراضى الاميرية المفوضة بالطابو من ناحية عائلية الرقبة للدولة . وانما يكون لصاحب اللزمة بعض الحقوق التصرفية الشبيهة بحقوق المتصرف بالاراضى الاميرية المفوضة . وهذا النوع الجديد من أنواع الاراضى من محدثات المشرع العراقى الذى نص عليه فى قانون التسوية وفصله فى قانون خاص هو قانون اللزمة . وقد كان فيما مضى يوجد نوع آخر من الاراضى يعرف بالاراضى الموات ولكن قانون التسوية اعتبر هذا النوع من الاراضى الاميرية الصرفة . هذا والاراضى المتروكة يمكن فى الحقيقة اعتبارها نوعا من أنواع الاراضى العامة أيضا .

وكنتيجة من نتائج تنوع الاراضى ، تنوعت وتعددت القوانين الباحثة فى أحكام الاراضى ؛ فليس هناك قانون شامل يبحث فى أحكام الاراضى على اختلاف أنواعها وأقسامها . فقانون الاراضى العثمانى لا يبحث فى الحقيقة - كما قد يوهم اسمه - فى جميع أحكام الاراضى فى العراق وانما يبحث بالدرجة الاولى عن الاراضى الاميرية وعلى الاخص الاراضى الاميرية المفوضة وكيفية تصرف المتصرفين فيها . أما الاراضى المملوكة فلم تزل احكام المجلة - قانوننا المدنى - نافذه فيها هذا بالاضافة الى أحكام القوانين العديدة التى كانت الحكومة العثمانية فى أواخر أيامها قد شرعتها ، والقوانين الاخرى التى شرعتها الحكومة

العراقية منذ بدء تأسيسها • اما أحكام الاراضى الموقوفة وفقا صحيحا فلم
تزل فى غالبيتها مستمدة من كتب الفقه وفتاوى الفقهاء • اما الاراضى
الممنوحة باللزمة فقد نظم قانون اللزمة الصادر سنة ١٩٣٢ بمضى
أحكامها واحال القسم الآخر الى قانون الاراضى • وقد وضع المشرع
العراقى فى قانون اللزمة سابقة يجب ان لا تحتذى وهى انه أجاز لصاحب
اللزمة الايصاء بالاراضى التى تحت تصرفه بحيث يحرم الاناث من
حقهم القانونى حسب قانون الانتقال • فللزوجة مثلا ان يوصى بالارض
لابنائها بحرمان بناته وزوجته وهذه قاعدة قليلة مستهجنة وشنشنة
جاهلية كان من اللازم ان لا يجيزها المشرع •

ومهما يكن من أمر فان تعدد القوانين والانظمة واختلاف أنواع
الاراضى ، وتباين أحكامها ، كل ذلك قد ادى الى بلبلة عظيمة وزاد فى
مصاعب القضاء والمحامين والافراد على حد سواء • فمن اللازم جدا
سن قانون موحد ينظم أحكام الاراضى فى العراق ويجعلها مستساغة
سهلة التناول •

هذا وقد ادركت الحكومة العراقية فى مطلع انتهاء عهد الانتداب
لزوم اجراء اصلاح اساسى فى احكام الاراضى ، واستدعت لذلك
خبيرا أجنبيا هو السير « دوسن » ، درس أحكام الاراضى ، وتجول فى
انحاء العراق ، واطلع على مختلف التقارير السابقة ووضع سنة ١٩٣٠
تقريراً مفصلاً • وعلى اثر ذلك سنت الحكومة العراقية قانون تسوية
حقوق الاراضى • ولكن مشكلة الاراضى فى العراق لم تزل قائمة
الى اليوم على الرغم من مرور ثمانية عشر عاما على تشريع هذا
القانون ؛ وذلك لسير أعمال التسوية فى العراق - فى بعض المراحل -
سيرا بطيئا • فكم هى المناطق المعلقة والتى لم يعد للحاكم حق النظر فى

منازعاتها والتي لم تحل لجان التسوية أى قضية من قضاياها • وانه لمن
المؤسف حقا ان تصبح مديرية تسوية حقوق الاراضى العامة دائرة
ينفى اليها كبار موظفى الدولة غير الموعوب فيهم ، فالتصرف الفاشل
والمدير العام المغضوب عليه ، والحاكم الذى لا يراى للقضاء ، يرسل الى
التسوية التى يجب ان تتوافر فى رؤسائها - على حد ما قال الخير
البريطانى الآنف الذكر - كفاءة الادارى الحازم ، وضمانة القاضى
الفاضل •• ومن الادعى للالم ان تناط مهام التسوية فى بعض الاحيان
برؤساء أجنب أقل ما يقال فيهم انهم لا تعينهم مصالح العراق والعراقيين
فى قليل أو كثير •

وثمة نقطة أساسية أخرى هى ان التسوية لم تكن غاية
الاصلاح ، وانما هى وسيلة تمهيدية لا بد منها قبل البدء فى الاصلاح
الحقيقى اصلاحا أساسيا • وقد نبه الخير الى هذا المعنى فى أكثر من
موضع واحد فى تقريره القيم الذى قيل ان قانون التسوية انما وضع
بناء على توصياته • ولكن الناظر الى أحكام قانون التسوية وقانون اللزمة
يأخذ العجب العجيب حين يرى ان هذه القوانين قد صارت وسيلة
لمنح بعض الاشخاص - الذين لا يمكن وصفهم بلغة قانونية دقيقة الا
انهم « غاصبون » معتدون على الاموال العامة - حقوقا واسعة ، مكتسبة من
تحويل الاراضى الممنوحة باللزمة الى أراضى مفوضة بالطابو ، وتحويل
هذه الى راضى مملوكة • وبعبارة ثانية فقد خرجت التسوية عن
مهمتها الاصلية ؟ وهى تثبيت الحقوق القائمة من دون اضافة شئ اليها
اذ بطريق التسوية صار لبعض الاشخاص ألوف ومئات الألوف من
الدونمات من الاراضى الخصبة التى يمكن ان تعيش فيها عشرات
العائلات بهناء وسعادة •

والانكى من هذا كله فقد أجاز القانون منح لزمة الاراضى الواسعة
باسم رئيس العشيرة بالاضافة الى عشيرته وكأن العشيرة شخصية معنوية
يمثلها شيخها ، ولكنه فى أغلب الاحيان يمثلها تمثيلا جائرا ، وهكذا
ساعدت هذه القوانين بعض الشئ فى تقوية الاقطاع وايجاد اقطاعيين
لهم كل مغايم اقطاعى القرون الوسطى وليس عليهم من مغارمهم شيئا •
علينا ان ندرك هذا النقص وتداركه ، وعلينا ان نحصر على
نظرية قانون الاراضى الاصلية ؛ وهى جعل الرقبة ملك الدولة ، وان
لانفرط بالاملاك العامة وانما يجب ان نسعى لتوزيع استثمارها توزيعا
عادلا ، واستغلالها استغلالا مشمرا لا حيف فيه ولا ظلم • وعلينا ان
نؤمن بهذا الايمان كله ، وان نعمل لهذا ما وسعنا الجهد ، والا فلا
سبيل للحيلولة دون تفشى الآراء المتطرفة بين المحرومين والمعوزين
والمعذبين فى هذه الارض •

وليس من المصلحة فى شئ ، وليس من العدل فى شئ ، ان
تمنح الوف الدونمات لاشخاص يستغلون الارض قبل اعلان التسوية
استغلالا مصطنعا ، ويبقى الفلاحون اجراء مستعبدين ؛ اضطهم الفاقة ،
وعماهم الجهل ، فهم كالانعام ، أو هم اضل سبيلا ...

هل أدت كلية الحقوق رسالتها* ؟

مولاي صاحب الجلالة :

انها لمنة تمنونها على هذا المعهد العتيق اذ تشملون حفلة البهيج هذا برعايتكم الميمونة . وليس بدعا ان تسع آفاق اريحياتكم مثل هذه

* هذا هو نص الخطاب الذي كنت قد القيته في حفلة التخرج التي اقامتها كلية الحقوق عام ١٩٥٦ في قاعة الملك فيصل الثاني . وقد وجدت من المفيد نشره في نهاية سلسلة الاحاديث هذه ؛ وحيث انه بمثابة الجواب ، أو الجزء المتمم للحديث الاول المعنون «رسالة كلية الحقوق» فقد اراثأت ان اضع له هذا العنوان : «هل ادت كلية الحقوق رسالتها» ؟ اذ يدور هذا الخطاب حول نقائص كلية الحقوق ، وعدم توفيقها في اداء رسالتها كاملة ، وفيه إشارة موجزة الى بعض أهم اوجه النقص العديدة التي تشكو منها .

وانه لمن طريق المفارقات ان يكون خطابي الذي اذعته عام ١٩٤١ عن «رسالة كلية الحقوق» (الحديث رقم (١) في هذه المجموعة) قد اعقبه بعد بضعة اشهر فصلي لاول مرة من كلية الحقوق ، بعد حوادث مايس في عام ١٩٤١ ، وان يكون عام (١٩٥٦) ، أي بعد خمسة عشر عاما العام الذي التحيت فيه خطابي هذا في الحفلة التي اقيمت في القاعة ونقلت من دار الاذاعة ، هو العام الذي افصل فيه للمرة الثانية . وقد القيت الخطاب بوصفي عميدا للكلية ، وقد حدث فصلي عقب هذا الخطاب ببضعة اشهر ايضا لاسباب خارجة عن موضوع هذا الخطاب ، ولكن الطريف ان يتبأ احد كبار المسؤولين في وزارة الخارجية الامريكية من المختصين بشؤون العراق بهذا الفصل قبل وقوعه فعلا . فقد استقبلني ذلك الامريكي في مكتبه في واشنطن حينما كنت أزور الولايات المتحدة الامريكية بعد ان مثلت العراق في لجنة حقوق الانسان التابعة لهيئة الامم المتحدة وبعد المجاملات الاعتيادية وتبادل التحيات ، ابتدرني بهذا السال :

المكرّمات ، على الرغم من الاعباء الجسام التى تضطلعون بها ، فقد ورتّم ، ولاشك ، عن جدكم الكبير فيصل روحه السامية فى رعاية معاهد العلم ، وتشجيع المتعلمين • ولكم بعد ذلك ، وقبل ذلك ، أسوة حسنة بأسلافكم العظام خلفاء بغداد وحكامها ، الذين رفع شأنهم ، واخلد فى التاريخ ذكرهم ، ما شادوه من معاهد للعلم ، وأنشأوه من دور لكتب ، واسفوه من رعاية وحذب كريمين على رجال الفقه والعلم والادب • وما يت الحكمة ، والنظامية ، والمستنصرية ، ومجالس الرشيد ، وندوات المأمون ، عنكم بعيد ...

وبعد فقد كانت كلية الحقوق تقيم حفلات التخرج لطلابها كل عام كشقيقاتها الكليات الأخرى ، ولكنها انصرفت عن ذلك حيناً من

هلا تزال عميدا لكلية الحقوق على الرغم من خطابك ؟ قلت واى خطاب تعنى ؟ قال الخطاب الذى القيته فى حفلة التخرج (فعلمت من ملاحظاته ان السفارة الامريكية فى بغداد اهتمت للاراء الجريئة التى احتواها الخطاب ، فترجمته الى الانكليزية ، وعلقت عليه فى رسالتها المرسلة الى ديوان الوزارة فى واشنطن) • ثم قال كم تظن انك ستبقى عميدا فى كلية الحقوق ؟ قلت لست أدري • قال لا أحسب ان من هو مثلك سيمكث فى مثل هذا المنصب طويلا ؟ قلت ربما ، وضحكنا ضحكا عاليا ...

وفى الحق فقد كانت نبوءته صادقة ، فلم اكد اعود الى بغداد ، بعد غيبة تقرب من ستة أشهر ، حتى بدأ جو العالم العربى يكفهر ، ثم اعقب ذلك العدوان الثلاثى الاثيم على مصر ، وتلى ذلك الانفصالات الشديدة التى حدثت فى كل أنحاء العروبة (بصور مختلفة) ومنها العراق • وكان ان وقف بعض اساتذة المعاهد العالية الموقف الذى وقفوه مما اثار حفيظة المسؤولين وادى ، فيما ادى ، الى فصل عدد من الاساتذة كنت أحدهم ...

وحينما اعدت النظر فى قراءة هذا الخطاب لنشره فى هذه المجموعة لم أجد فيه شيئا مما يبرر تنبأت ذلك المسؤول الامريكى الا اذا كان صدق الحديث ، والجرأة فى الحق عيوباً تبرر العقاب ...

الدهر ، فلم يعد يسمع لها قول ، أو يرن لها في حفل صوت ...
فلعها شعرت - وهي أقدم الكليات العراقية طرا ، اذ قد مر عليها
نيف وثلاث قرن - بأنها قد فقدت بريق الجدة ، فلم تعد تحظى بما
يحظى به الناشئون المحدثون من تشجيع ورعاية ، أو لعل الغرور
خالطها فحسبت انها - وقد ملأت دواوين الحكومة ، وصلات
المحاكم ، وغرف المحامين ، ودوائر الشركات ، وقباب مجالس الامة ،
وكراسى الوزارات بخريجيتها - لم تعد بحاجة الى زخرف الحفلات ،
وما قد يواكبها من مظاهر ورسوم . ومن يدرى فلعلها أدركت - وقد
بلغ متخرجوها في احدى السنوات الماضية القرية السبعمئة طالب
فرض عليها في أحيان شتى ان تخرج مآت عديدة كل عام - وقد
وطالبة - فلم يعد في مقدورها ان تعنى بالنوعية العناية اللازمة ، اذ
استأثرت الكمية ومشكلاتها بجل نشاطها ، ولم تعد للكلية القدرة
التامة على الاختيار والتجويد . فكان بعض نتاجها - ككل نتاج
واسع - لا يمكن ان يوصف « بال جودة » و « التفوق » ، فأثرت
ان تتوارى عن الابصار فترة من الزمن ، تعود فيها الى نفسها ، الى
ان يتاح لها الاثيان بجديد ، وترجع الى عنايتها « بالكيف » قبل
« الكم » .

اما وقد اوشك الامر ان يعود الى بعض نصابه ، وهذه الدفعة
التي تقدمها الكلية الى المجتمع ، والتي نحتفل اليوم بتوزيع شهاداتها
والجوائز على المتفوقين فيها ، لا يتجاوز الثمانية والخمسين بعد المائة
عدا ؛ وهو عدد معتدل اذا قيس بالسنوات السابقة ، فقد عازمت الكلية
على ان تظهر من جديد الى الميدان ، وتعرض فخورة نتاجها .

وهي بعد ذلك واثقة بانها ان فاتتها طرفة الجدة ، حرى ان تبعث

فيها « روعة القدم » مشاعر الاعتزاز بعظم الرسالة الملقاة على عاتقها • •
ولا تتسع طبيعة هذا المقام للاسهاب في تبيان رسالة كلية الحقوق ،
ولا الاطالة في تعداد الوسائل اللازم توافرها لتتمكن من اداء تلك
الرسالة على الوجه الامثل • • • ولكنني أشعر مع ذلك بان من واجبي
- خدمة للعلم ، ورعاية للحق - ان أقول بكل صراحة وأخلاص بأن
اوجه النقص فيها لم تزل جد عديدة ، وطريق الاصلاح شاق ومحفوف
بالصعاب الجسام •

فالكلية بحاجة الى تجديد جذرى في مقرها ؛ فبنائها الحالية
مزرية ، ومحيطها أبعد ما يكون عن المحيط اللائق بالمعاهد العالية •
فجلبه القطار تختلط بضجيج سيارات الحمل الثقيلة ، وهذه تقترن
بالصخب الذى يحدثه الباعة والمارة وكافة وسائل النقل الاخرى •
وطلاب الكلية يتكدسون فى الفرص فى ممرات قائمة تضيق
الانفاس ، وتولد السأم فى النفوس • ومكتبتها فقيرة الفقر كله ، وقد
لا يسرهم ان تعلموا بان عدد كتبها اليوم أقل مما كان عليه قبل سنين
خلون • فقد استباح بعض « الفضلاء » من سابق اسانذتها ، وطلابها ،
وروادها ، وبعض رجال الدولة ، ما استعاروه من كتبها تيمنا • وما
كان يخصص فى الميزانية السنوية لشراء الكتب تافه ، لا يساعد على
تنمية مكتبة كلية على مستوى جامعى مقبول •

اما موقع المكتبة فى الكلية ، واثائها ، واضاءتها فليست - على
الرغم من بعض الاصلاحات الجزئية الاخيرة - فى الحد اللائق
بالمكتبات •

على ان اوجه النقص ليست قاصرة على النواحي المادية بل هى
فى النواحي الاخرى أعظم خطرا • فلم يعود الطلاب حتى يوم الناس

هذا على المطالعة والتتبع الذاتى ، ورضو فى الغالب الاعم بالجمود على
كراريس تطبع ، وتوزع ، وتقرأ ، وتعاد قراءتها مثنى وثلاث ورباع ،
حتى يكاد البعض يستظهرها استظهارا ...

اما التتبع الذاتى ، والمحاكمات العقلية ، والرجوع الى المصادر
فى مضائها ، فأمانى ليس لأكثر طلابها ، مع الاسف الشديد ، نصيب
كبير منها ...

هذه بعض أوجه النقص العديدة التى تعانى كليتنا منها • ولو
شئت سردها جميعا لاستزفت من الوقت ما لا يجمل بى استزافه فى
مثل هذا الحفل ...

على ان الذى يدعو للاستبشار ، ويدفع الى الامل المشجع ، ان
نرى المسؤولين عموما ، والمسؤولين على شؤون التربية والتعليم
خصوصا ، مدركين لهذه النقائص ، مشفقين مما اتجه ، فيما مضى ،
وما قد تودى اليه فى المستقبل ، جادين فى تدارك ما يمكن تداركه •
فرجاؤنا ان يوفقوا ، فى هذا المضمار ، فيقيموا بذلك أساسا مكيئا
لكل اصلاح جدى • وقمين بنا ان نعلم بان الاعمار والاستثمار
الذى شمل اليوم فى العراق شتى الميادين العمرانية والاقتصادية
والزراعية والصناعية ، بما تيسر له من مال موفور ، يجب ان يواكبه ،
واذا أردنا الدقة فى التعبير ، يجب ان يسبقه اعمار أعمق ، واستثمار
أجدى ؟ اعمار للانفس الطامحة ، واستثمار لقوى الشباب المتدفقة •
والعناية بالكيليات ، وانشاء الجامعة على اسس علمية صحيحة ، ورعاية
الشباب ومنظمتهم ، والعناية برجال التعليم ، وحل مشكلات سكنهم ،
من الامور التى لا تحتمل بعد اليوم تسويق ...

وانتم ايها الاخوان وايها الاخوات لا أريد ان اتصنع التوجع
على ترككم ايانا ، وتخرجكم فى معهدنا • فقد دخلتم لتخرجو ،
وتشقوا بعد ذلك طريقكم بانفسكم ••• كما لا أريد ان اغالى فى
وصف الجهد الذى بذلته الكلية فى اعدادكم ، ومدا المعرفة التى
حصلتم عليها • وأرجو ان لا يكون للغرور سلطان عليكم فلا تسول
لكم أنفسكم بانكم احظتم بكل شئ علما ، وليس هناك بعد شهادة
« كلية الحقوق » زيادة لمستزيد ••• فما لم تعرفوه بعد أوسع بكثير
مما عرفتموه ••• ورحم الله الامام الشافعى اذ يقول : (لا أدري
نصف العلم) •

فعليكم ان تبدأوا فى سلوك الطريق الذى فتحت لكم دراستكم
فى كلية الحقوق أبوابه ••• ولا أريد بعد هذا ان أثقل على مسامعكم
بالنصيحة فأنا مثلكم لا ارى احكم من الدهر ناصحا • او أنتم وقد
عركتكم الازمان أو توشك ، فى غنى عن كل نصيحة • ومن لم يبلغ
بعد شأوه ، حرى ان يصله بجهد ، ولو بعد حين • فاسعوا فكل
ميسر لما خلق له •

وثمة رجاء أخير أرجو ان تتسع له صدوركم ، ومن أعز
امانى ان أراكم حريصين عليه • كونوا قوامين على الحق ما حيتم ؛
آمنوا به - والله هو الحق - وكافحوا فى سبيله ، واستسهلوا الصعب
دونه ، ولا تأخذنكم فيه لومة لائم ، وحذار ان تتخذوا من استهانة
البعض به ، وتحديد لهم لسلطانه ، ذريعة للتماذى فى الباطل • وليكن
شعاركم دائما وأبدا : « لا يضركم من ضل ان اهتديتم » ، واعلموا ان
الذى يقيم الحق ، ويعلى لواءه قبل كل شئ ، سلوك الافراد أنفسهم •
فكونوا وانتم - خريجوا كلية الحقوق - دعاة الحق ورواده •

سدد الله خطاكم ، ونفع بكم ، وهذاكم صراطا مستقيما ...
واليكم حضرات السادة والسيدات الذين شاركتمونا حفلتنا هذه
تحية معطرة وشكرا خالصا لتكرمكم بالحضور .
ولزام عليّ بعد هذا ان أتقدم - باسم كلية الحقوق - بالشكر
للخالص للذين ساعدونا في اعداد هذه الحفلة ، وساهموا فيها بشتى
أنواع المساعدة والمساهمة .
وختاماً أسأل الله العليّ ان يهبنا جميعاً جرعة في نصرة الحق ،
ويديم جلاله الملك الحبيب قواماً عليه ، حامياً لرجاله ، راعياً لطلابه
والسلام عليكم .

- انتهى -

تتلي

على الرغم من الجهود الفائقة المشكورة التي بذلتها مطبعة العاني في اظهار هذا الكتاب في أسرع وقت ، وأجمل حلة ، فقد وقعت بعض الاخطاء المطبعية التي لم يكن هناك بد من وقوعها بالنظر للفترة الزمنية القصيرة التي تم خلالها الطبع .

على أن معظم تلك الاخطاء يتعلق بأملاء المصطلحات الاجنبية التي استعملت في طيات البحوث ، ويرجع بعضها الآخر الى التنقيط وهي ميسورة الكشف . ومع ذلك يحسن بالقارئ أن يصلح بعض الاخطاء الاساسية التي حصلت في طبع المبحث الثالث ، اذ سقط سطران أثناء الترتيب يرجى وضعهما في محلهما ليتم مفهوم العبارات الواردة بوضوح .
الاول يوضع في السطر التاسع من صفحة ٣٥ بعد كلمة السادسة ؟

وهو هذا (وهل هي غير الاصل الوارد في المادة الثامنة عشرة) .
والثاني يوضع في السطر الحادي والعشرين من صفحة ٣٨ بعد كلمة السلطة التشريعية وهو هذا (والاستمرار بعد ذلك في تنفيذ أحكامها رغم قيام السلطة التشريعية) .

وكذلك وقع خطان في الصفحة الاخيرة من الغلاف ؛ أحدهما سقوط كلمة « حتى » من عنوان كتاب « العراق من الانتداب حتى الاستقلال » ، وثانيهما ورود عبارة تحت الطبع زائدة بعد كتاب « أبحاث وأحاديث في الفقه والقانون » . وقد تدورك هذان الخطان أثناء الاشارة الى الكتب في الصفحات الاخيرة من هذا الكتاب .

كما وقع خطأ ظاهر في عنوان المبحث الاول اذ وردت كلمة العراقي بدلا عن كلمة الاداري ، والعنوان الصحيح هو « القضاء الاداري ولزوم تأسيسه في العراق » .

جدول الخطأ والصواب

صفحة	خطأ	صواب	سطر
	القضاء العراقي ولزوم القضاء الادارى ولزوم تأسيسه	تأسيسه	١
٩			
١١	فى	من	١٢
٢٢	يدعوهم	ويدعوهم	٩
٢٣	المعينين	المعينين	٢٢
٢٤	تقررها	تقررها	٢٠
٢٥	طبيقتها	تطبيقها	٢١
٢٦	لسابق	بسابق	٢٢
٢٧	ثقة من	ثقة فى	١٠
٢٩	لاتحادية	الاتحادية	١٦
	السادسة ؟ وهل هناك السادسة ؟ وهل هناك غير الاصل الوارد فى المادة الثامنة عشر ؟		
٣٥		وهل هناك	٩
٣٥	ميلان	ميلين	١٥
	السلطة التشريعية السلطة التشريعية بممارسة أعمالها • والاستمرار - بعد ذلك - فى تنفيذ أحكامهم رغم قيام السلطة التشريعية بممارسة أعمالها •		
٣٨			٢١
٤١	حواها	فحواها	١
٦٤	مبروزاً	بروزاً	٩
٦٩	معايير	معايير	١٧

صفحة	سطر	سواب	خطا
٧٢	١	هذان	هذان
٨٢	٦	الندسة	الندسة
٨٣	٢٣	يخطر	يخطر
٩١	٢٣	يقبل	يقبل
٩٦	١٩	يسلكوه	يسلكوه
٩٦	٦	على عدة تدل على	على عدة تدل على
١١٤	١٠	للوقفي	للوقفي
١٢٨	٨	الخزيرة	الخزيرة
١٥١	٣١	يقال	يقال
١٦٦	١١	على	على
١٦٧	٧	الإحكام	الإحكام
١٧١	١٧	أرى	أرى
١٦٩	٢	الذي	الذي
١٦٢	٦٦	عن	عن
١٧٥	١٢	طريق	طريق

الفهرست

الصفحة	العنوان	تمهيد
٣		
	القسم الاول .٠٠ الابحاث	
٩	(١) القضاء الادارى ولزوم تأسيسه فى العراق	
٢٠	(٢) السوابق القضائية - بحث مقارنة -	
	(٣) على هامش تعديل الدستور - نظرات فى القانون	
٣١	الاساسى العراقى	
٤٣	(٤) امتيازات الملك فى الدستور البريطانى	
٥٤	(٥) البيئة وأثرها على الفقه والفقهاء	
٧٦	(٦) الحقوق المدنية فى العراق	
	(٧) على هامش القانون المدنى .٠٠ حاجتنا لاصلاح قانون	
٩٢	العقوبات	
١٠٩	(٨) بعض خصائص التشريع الاسلامى	
١١٧	(٩) مبدأ العدالة فى القانون الانكليزى والشرعية الاسلامية	
	القسم الثانى .٠٠ الاحاديث .٠٠٠	
١٤٥	(١) مهمتنا فى توجيه الدراسة القانونية	
١٥٢	(٢) فى اصلاح القانونى (قانون العقوبات)	
١٥٨	(٣) فى اصلاح القانونى (الاحوال الشخصية)	
١٦٤	(٤) فى اصلاح القانونى (القانون الادارى)	
١٧٠	(٥) فى اصلاح القانون (أحكام الاراضى)	
١٧٥	(٦) هل أدت كلية الحقوق رسالتها ؟	
١٨٢	تنبيهه	
١٨٣	جدول الخطأ والصواب	
١٨٥	فهرست	

صدر الى الاسواق

مبادئ اصول القانون

طبعة ثانية منقحة وموسعة

عدد صفحاته ٣٦٤ من الورق الصقيل

والحجم الكبير

الثمان ديناراً واحداً

يباع في مكتبة المثنى والمكتبة العصرية

ومكتبة الاعظمى وغيرها

كتب تحت الطبع للمؤلف :

- ١ - وحي البعث العربى
- ٢ - من روح الاسلام
- ٣ - سفارة فى قارة
- رحلة فى أمريكا -
- ٤ - نظرات فى التربية والاجتماع
- ٥ - أنا متهم
- صفحات من تاريخ العراق المعاصر -

كتب مطبوعة للمؤلف

- ١ - مذكرات عن احكام الاراضى فى العراق .
مطبعة التفيض بغداد سنة ١٩٤٠ (نافذ)
- ٢ - الموجز فى تاريخ القانون (على نفقة وزارة المعارف العراقية) الطبعة الثانية
مطبعة الرشيد بغداد سنة ١٩٤٩
- ٣ - العراق من الاحتلال حتى الاستقلال [معهد الدراسات العربية العالية
جامعة الدول العربية]
مطبعة دار مصر للطباعة القاهرة سنة ١٩٥٤
- ٤ - مبادئ اصول القانون
الطبعة الثانية سنة ٩٥٨ مطبعة العاني بغداد
- ٥ - أبحاث وأحاديث فى الفقه والقانون [هذا الكتاب]
مطبعة العاني ١٩٥٨

رسائل مطبوعة للمؤلف :

- ١ - الاسلام والقومية العربية
من منشورات نادى البعث العربى بغداد سنة ١٩٥٢
(ترجم الى الانكليزية ونشر فى ليدن (هولنده) من قبل
جمعية المستشرقين) .
- ٢ - هذه قوميتنا - من منشورات نادى البعث العربى سنة ١٩٥٥
- ٣ - التربية القومية (محاضرتان عامتان القيتا فى الموسم الثقافى
الثانى فى الكويت) - مطبعة العاني سنة ١٩٥٦